

لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة
المقدسي الجمّاعِيلي الدِّمشقي الصَّالحِي الحنبلي
٥٤١ - ٦٢٠ هـ

تحقيق
الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي

بالتعاون مع
مركز البحوث والدراسات العربية والإسلامية
بدار هجر

الجزء الثالث

البيع - السلم - التفليس - الصلح - الضمان
الوكالة - الإجارة - الشفعة - الوقف - الهبة

هجر
للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان

حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الأولى

١٤١٧ هـ ـ ١٩٩٧ م

المكتب : ٤ ش ترعة الزمر – المهندسين – جيزة
☎ ٣٤٥٢٥٧٩ – فاكس ٣٤٥١٧٥٦
المطبعة : ٢ ، ٦ ش عبد الفتاح الطويل
أرض اللواء – ☎ ٣٤٥٢٩٦٣
ص . ب ٦٣ إمبابة


الكافي



بسم الله الرحمن الرحيم

كِتَابُ البَيْعِ

البيعُ حَلالٌ ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾[1] .

وهو نَوْعان ؛ أحدُهما ، الإيجابُ والقَبُولُ ، فيقولُ البائعُ : بِعْتُكَ . أو : مَلَّكْتُكَ . أو لَفظًا بمَعْناهما ، ثم يقولُ المُشْتَرِى : ابْتَعْتُ . أو : قَبِلْتُ . أو نحوَهما . فإن تقدَّمَ القَبُولُ[2] الإيجابَ بلَفْظِ الماضِى ، فقال : ابْتَعْتُ هذا منكَ بكذا . فقال : بِعْتُكَ . صَحَّ ؛ لأنَّ المَعْنَى حاصِلٌ ، فأشْبَهَ التَّعْبِيرَ بلَفْظٍ آخرَ . وإن تقدَّمَ بلَفْظِ الطَّلَبِ ، فقال : بِعْنِى . فقال : بِعْتُكَ . صَحَّ ؛ لأنَّه تَضَمَّنَ[3] القَبُولَ ، أشْبَهَ لَفْظَ الماضِى . وعنه ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه لو تأخَّرَ عن الإيجابِ ، لم يَصِحَّ ، فلم يَصِحَّ مُتقدِّمًا ، كلَفْظِ الاسْتِفْهامِ . وإن أتَى بلَفْظِ الاسْتِفْهامِ ، فقال : أَبِعْتَنِى ثَوْبَك ؟ فقال : بِعْتُكَ . لم يَصِحَّ مُتَقدِّمًا ولا مُتَأخِّرًا ؛ لأنَّه ليس بقَبُولٍ ولا اسْتِدْعاءٍ .

الثانى ، المُعَاطَاةُ ، مِثْلَ أن يقولَ : أَعْطِنى بهذا خُبْزًا . فيُعْطِيَه ما يُرْضِيه . أو يقولَ : خُذْ هذا الثَّوْبَ بدِينارٍ . فيَأْخُذَه ، فيَصِحَّ ؛ لأنَّ الشَّرْعَ وَرَد

---

(١) سورة البقرة ٢٧٥.

(٢) بعده فى ف : « على » .

(٣) فى س ٢: « يضمن » ، وفى م : « تقدم » .

بالبَيْعِ ، وعلَّقَ عليه أحكامًا ، ولم يُعَيِّنْ له لَفْظًا ، فعُلِمَ أنَّه رَدَّهم إلى ما تَعارَفُوه بَيْنَهم بَيْعًا ، والنّاسُ فى أسْواقِهم وبِياعاتِهم على ذلك . وحُكِىَ عن القاضى أنَّه يَصِحُّ فى الأشْياءِ اليَسِيرَةِ دُونَ الكبيرةِ[1] ؛ لأنَّ العُرْفَ إنَّما جرَى به[2] فى اليسِيرِ .

والحُكْمُ فى الهِبَةِ والهَدِيَّةِ والصَّدَقَةِ ، كالحُكْمِ فى البيعِ فى[3] ذلك ؛ لاسْتِواءِ الجميعِ فى المعْنَى[4] .

فصل : ويُشْتَرَطُ له الرِّضا ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[5] . إلَّا فيما يَجِبُ . فإن أُكْرِهَ على بَيعِ غيرِ واجبٍ ، لم يَصِحَّ ؛ لعدمِ الرِّضا المُشْتَرَطِ ، وإن أُكْرِهَ على بَيْعٍ واجبٍ ، صَحَّ ؛ لأنَّه قولٌ حُمِلَ عليه بحقٍّ ، فصحَّ ، كإسْلامِ المُرْتَدِّ .

ولا يَصِحُّ مِن غيرِ عاقِلٍ ؛ كالطِّفْلِ ، والمجْنُونِ ، والسَّكْرانِ ، والنائمِ ، والمُبَرْسَمِ[6] ؛ لأنَّه قولٌ يُعْتَبَرُ له الرِّضا ، فلم يَصِحَّ مِن غيرِ عَاقِلٍ ، كالإقْرارِ[7] .

---

(١) فى ف ، م : « الكثيرة » .

(٢) سقط من : م .

(٣) فى م : « و » .

(٤) فى ف : « ذلك » .

(٥) سورة النساء ٢٩ .

(٦) المبرسم : من أصابه البرسام ، وهو علة يهذى فيها .

(٧) فى م : « كالإكراه » .

بابُ مَا يجوزُ بَيْعُه ومَا لا يجوزُ

كلُّ عينٍ مَمْلُوكةٍ يُباحُ نَفْعُها واقْتِناؤُها مِن غيرِ ضَرُورَةٍ يَجُوزُ بَيْعُها؛ كالمأْكُـولِ، والمَشْرُوبِ، والملْبُوسِ، والمرْكُوبِ، والعَقـارِ، والعَبيـدِ، والإماءِ؛ لقولِه تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[1]. وقد اشْتَرَى النبيُّ ﷺ مِن جابرٍ بعيرًا[2]. ومِن أعْرَابيٍّ فَرَسًا[3]. ووَكَّلَ عُرْوَةَ بنَ الجَعْدِ في

---

(١) سورة البقرة ٢٧٥.

(٢) أخرجه البخارى، فى: باب شراء الدواب والحمير، من كتاب البيوع، وفى: باب إذا وكل رجلا أن يعطى شيئا ....، من كتاب الوكالة، وفى: باب الشفاعة فى وضع الدين، من كتاب الاستقراض، وفى: باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز، من كتاب الشروط، وفى: باب من ضرب دابة غيره فى الغزو، وباب استئذان الرجل الإمام ....، من كتاب الجهاد، وفى: باب: ﴿إذ همت طائفتان منكم أن تفشلا ...﴾، من كتاب المغازى، وفى: باب الثيبات، وباب طلب الولد، وباب تستحد المغيبة وتمتشط، من كتاب النكاح، وفى: باب عون المرأة زوجها فى ولده، من كتاب النفقات، وفى: باب الدعاء للمتزوج، من كتاب الدعوات. صحيح البخارى ٣/ ٨١، ١٣٢، ١٥٧، ٢٤٨، ٤/ ٣٦، ٦٣، ٥/ ١٢٣، ٧/ ٦، ٥٠، ٥١، ٨٥، ٨/ ١٠٢. ومسلم، فى: باب استحباب نكاح البكر، من كتاب الرضاع، وفى: باب بيع البعير واستثناء ركوبه، من كتاب المساقاة. صحيح مسلم ٢/ ١٠٨٧ - ١٠٩٠، ٣/ ١٢٢١ - ١٢٢٤. والنسائى، فى: باب البيع يكون فيه الشرط فيصح البيع والشرط، من كتاب البيوع. المجتبى ٧/ ٢٦١ - ٢٦٣. والإمام أحمد، فى: المسند ٣/ ٢٢٩، ٣١٤، ٣٦٢، ٣٦٣.

(٣) أخرجه أبو داود، فى: باب إذا علم الحاكم صدق الشاهد الواحد يجوز له أن يحكم به، من كتاب الأقضية. سنن أبى داود ٢/ ٢٧٦، ٢٧٧. والنسائى، فى: باب التسهيل فى ترك =

شِرَاءِ شاةٍ[1] . وباع مُدَبَّرًا[2] ، وحِلْسًا[3] وقَدَحًا[4] . وأَقَرَّ أَصْحابَه على بَيْعِ هذه الأَعْيانِ وشِرائِها .

= الإشهاد على البيع ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٦٥، ٢٦٦. والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/ ٢١٥، ٢١٦.

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب حدثنى محمد بن المثنى ...، من كتاب المناقب . صحيح البخارى ٤/ ٢٥٢. وأبو داود ، فى : باب فى المضارب يخالف ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/ ٢٢٩. والترمذى ، فى : باب حدثنى أبو كريب ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٢٦٣. وابن ماجه ، فى : باب الأمين يتجر فيه فيربح ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢/ ٨٠٣. والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/ ٣٧٦.

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب بيع المزايدة ، وباب بيع المدبر ، من كتاب البيوع ، وفى : باب من باع مال المفلس ...، من كتاب الاستقراض ، وفى : باب بيع المدبر ، من كتاب العتق ، وفى : باب عتق المدبر ...، من كتاب الكفارات ، وفى : باب إذا أكره حتى وهب ...، من كتاب الإكراه . صحيح البخارى ٣/ ٩١، ١٠٩، ١٥٦، ١٩٢، ٨/ ١٨١، ١٨٢، ٩/ ٢٧. ومسلم ، فى : باب الابتداء فى النفقة بالنفس ...، من كتاب الزكاة ، وفى : باب جواز بيع المدبر ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ٢/ ٦٩٢، ٦٩٣، ٣/ ١٢٨٩. وأبو داود ، فى : باب فى بيع المدبر ، من كتاب العتق . سنن أبى داود ٢/ ٣٥٢. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى بيع المدبر ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٢٢٥. والنسائى ، فى : باب بيع المدبر ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٦٧. وابن ماجه ، فى : باب المدبر ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٢/ ٨٤٠. والدارمى ، فى : باب بيع المدبر ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/ ٢٥٧. والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٢٩٤، ٣٠١، ٣٠٥، ٣٠٨، ٣٦٨ - ٣٧١، ٣٩٠.

(٣) فى حاشية ف : « والحلس ما يلى ظهر البعير » .

(٤) أخرجه أبو داود ، فى : باب ما تجوز فيه المسألة ، من كتاب الزكاة . سنن أبى داود ١/ ٣٨١، ٣٨٢. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى بيع من يزيد ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٢٢٤. والنسائى ، فى : باب البيع فى من يزيد ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٢٧. وابن ماجه ، فى : باب بيع المزايدة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٤٠، ٧٤١. والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ١٠٠، ١١٤. وهو ضعيف . انظر : التلخيص الحبير ٣/ ١٥، الإرواء ٥/ ١٣٠.

ويجوزُ بَيْعُ دُودِ القَزِّ وبَزْرِه[1]؛ لأَنَّه مُنْتَفَعٌ به. وبَيْعُ النَّحْلِ فى كُوَاراتِه[2]، ومُنْفَرِدًا عنها، إذا رُئِىَ وعُلِم قَدْرُه. وبَيْعُ الطَّيْرِ الذى يُقْصَدُ صَوْتُه؛ كالهَزَارِ[3]، والبُلْبُلِ، والبَبْغَةِ؛ لأَنَّه يَشْتَمِلُ على مَنْفَعَةٍ مُباحةٍ، أَشْبَهَ الأَنْعَامَ.

ويجوزُ بَيْعُ الهِرِّ، وسِباعِ البهائمِ، و[4] الطَّيْرِ التى تَصْلُحُ للصَّيدِ؛ كالفَهْدِ، والبازِى، ونحوِهما، غيرَ الكَلْبِ فى إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ. وهى اخْتِيَارُ الخِرَقِىِّ. والأُخْرَى، لا يَجوزُ. وقال[5] أبو بكرٍ، وابنُ أبى موسى[6]: لا يجوزُ بَيْعُها؛ لنَجاسَتِها، [١٣٥ظ] فأَشْبَهَتِ الكَلْبَ. والأَوَّلُ أَصَحُّ؛ لأَنَّه حيوانٌ أُبِيحَ نَفْعُه واقْتِناؤُه مِن غيرِ وَعِيدٍ فى حَبْسِه[7]، فجاز بَيْعُه، كالحِمارِ. وبهذا يَبْطُلُ ما ذَكَراه[8].

ويجوزُ بَيْعُ الجَحْشِ الصَّغيرِ، والفَهْدِ الصَّغيرِ، وفَرْخِ البازِى؛ لأَنَّه يصيرُ إلى حالٍ يَنْفَعُ، فأَشْبَهَ طِفْلَ العَبِيدِ.

---

(١) قال الفيومى: وقولهم لبيض الدود: بزر القز. مجاز، على التشبيه ببزر البقل، لأنه ينبت كالبقل. المصباح المنير (ب ز ر).

(٢) كُوَارة النحل، بالضم والتخفيف، والتثقيل لغة: عسلها فى الشمع، وقيل: بيتها إذا كان فيه العسل. وقيل: هو الخلية. وكسر الكاف مع التخفيف لغة.

(٣) الهزار: طائر حسن الصوت، يقال له: هزار دستان. (فارسى معرب).

(٤) فى ف: «وجوارح».

(٥) فى م: «اختارها».

(٦) بعده فى م: «فقالا».

(٧) فى الأصل، م: «جنسه».

(٨) فى س ٢: «ذكره»، وفى م: «ذكرناه».

وما يَنْفَعُ مِن بَيْضِ الطَّيرِ لمَصِيرِه فَرْخًا، فهو كفَرْخِه؛ لأنَّ مَآلَه إلى النَّفْعِ. وقال القاضى: لا يجوزُ بَيْعُه؛ لعَدَمِ نَفْعِه فى الحالِ.

قال أحمدُ: أكْرَهُ بَيْعَ القِرْدِ. قال ابنُ عَقيلٍ: هذا مَحْمُولٌ على بَيْعِه للإطافةِ به واللعِبِ، فأمّا بَيْعُه لحِفْظِ المتاعِ فيجوزُ؛ لأنَّه مُنْتَفَعٌ به.

وقال أحمدُ، رَحِمَه اللَّهُ: أَكْرَهُ بَيْعَ لَبَنِ الآدَمِيّاتِ. فيَحْتَمِلُ التَّحْرِيمَ؛ لأنَّه مائِعٌ خارِجٌ مِن آدميةٍ، أَشْبَهَ العَرَقَ. ويَحْتَمِلُ كَراهيةَ التَّنْزِيهِ؛ لأنَّه طاهِرٌ مُنْتَفَعٌ به، أَشْبَهَ لَبَنَ الشَّاةِ.

فصل: ويجوزُ بَيْعُ العَبْدِ المُرْتَدِّ؛ لأنَّه مَمْلُوكٌ مُنْتَفَعٌ به، وخَشْيَةُ هَلاكِه لا تَمْنَعُ صِحَّةَ[1] بَيْعِه، كالمريضِ. فإن عَلِم المُشْتَرِى حالَه، فلا شىءَ له؛ لأنَّه رَضِىَ بعَيْبِه، وإن لم يَعْلَمْ، فله الرَّدُّ أو[2] الأرْشُ[3]، قُتِلَ أو أسْلَمَ، كالمَعِيبِ.

ويَصِحُّ بَيْعُ العبدِ الجانِى عَمْدًا أو[4] خطأً، على النَّفْسِ أو ما دُونَها؛ لأنَّه حَقٌّ تعَلَّقَ برقَبَتِه غيرُ مُتَحَتِّمٍ، فأشْبَهَ القَتْلَ بالرِّدَّةِ. فإن كانتِ الجِنايَةُ مُوجِبَةً للقِصاصِ، فهى كالرِّدَّةِ، وإن كانت مُوجِبَةً للمالِ، فهو على السَّيِّدِ؛ لأنَّه رَضِىَ بالتِزامِ ما عليه. فإن كان مُعْسِرًا، فللمَجْنِىِّ عليه رَقَبَةُ العَبْدِ؛ إن شاء فَسَخ العَقْدَ ورَجَع به، وإن شاء رَجَع على البائعِ بالأرْشِ.

---

(١) زيادة من: الأصل.

(٢) فى س ٢: «و».

(٣) أرش الجراحة: ديتها، والجمع أروش، مثل فلس وفلوس.

(٤) فى م: «و».

وإن كان قاتِلًا فى المُحارَبَةِ ، فكذلك فى قولِ بعضِ أصْحابِنا ؛ لأنَّه يَنْتَفِعُ به إلى قَتْلِه ، ويُعْتِقُه فيَجُرُّ وَلَاءَ ولَدِه ، فصَحَّ بَيْعُه ، كالزَّمِنِ[1] ، وحُكْمُه حُكْمُ المُرْتَدِّ. وقال القاضى : لا يَصِحُّ بَيْعُه ؛ لأنَّه مُتَحَتِّمُ القَتْلِ ، فلا مَنْفَعَةَ فيه ، فأشْبَهَ المَيِّتَ.

فصل : وفى بَيْعِ رِباعِ مَكَّةَ وإجارَتِها رِوايَتان ؛ إحْداهما ، يجوزُ ؛ لأنَّ عُمَرَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، اشْتَرَى مِن صَفْوانَ بنِ أُمَيَّةَ دارًا بأرْبَعَةِ آلافٍ[2]. واشْتَرَى مُعاوِيَةُ مِن حَكِيمِ بنِ حِزَامٍ دارَيْن بمَكَّةَ. ولأنَّها أرْضٌ حَيَّةٌ لم يَرِدْ عليها صدَقَةٌ مُحَرَّمَةٌ ، فجاز بَيْعُها كغيرِها. والثانيةُ ، لا يجوزُ ؛ لأنَّها فُتِحَتْ عَنْوَةً ، ولم تُقْسَمْ بينَ الغانِمِين ، فصارَتْ وَقْفًا على المسْلِمِين ، فحَرُم بَيْعُها ، كسَوادِ العِراقِ. والدليلُ على فَتْحِها عَنْوَةً قولُ النبىِّ ﷺ : « إنَّ اللَّهَ حَبَس عَن مَكَّةَ الفِيلَ[3] ، وسَلَّطَ عَلَيْها رَسُولَه والمُؤْمِنِينَ ، وإنَّمَا أُحِلَّتْ لِى سَاعَةً مِن نَهارٍ ». مُتَّفَقٌ عليه[4]. وقالَتْ أُمُّ هانِئٍ : يا رسولَ اللَّهِ ، إنِّى

---

(1) الزمن : المريض يدوم مرضه زمنا طويلا .

(2) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٧/ ٣٠٦.

(3) فى س ٢: « القتل ». وهى رواية للبخارى .

(4) أخرجه البخارى ، فى : باب كتابة العلم ، من كتاب العلم ، وفى : باب كيف تعرف لقطة مكة ، من كتاب اللقطة ، وفى : باب من قتل له قتيل فهو بخير النظرين ، من كتاب الديات . صحيح البخارى ١/ ٣٨، ٣٩، ٣/ ١٦٤، ١٦٥، ٩/ ٦. ومسلم، فى: باب تحريم مكة وصيدها ...، من كتاب الحج. صحيح مسلم ٢/ ٩٨٨، ٩٨٩.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب تحريم حرم مكة ، من كتاب المناسك . سنن أبى داود ١/ ٤٦٥. والدارمى ، فى : باب فى النهى عن لقطة الحاج ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/ ٢٦٥. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٢٣٨.

أجَرْتُ حَمَوَيْنِ لى ، فزَعَمَ ابنُ أُمِّى عَلِىٌّ أنَّه قَاتِلُهما . فقال النبىُّ ﷺ : « قَدْ أَجَرْنَا مَنْ أجَرْتِ » . (١ حديثٌ صحيحٌ ١) . وقتَلَ ابنَ خَطَلٍ (٢) ، ومِقْيَسَ ابنَ صُبَابَةَ (٣) . ولو فُتِحَتْ صُلْحًا ، لم يَجُزْ قتلُ أهْلِها .

(١ - ١) سقط من : م .

والحديث أخرجه البخارى ، فى : باب الصلاة فى الثوب الواحد ملتحفا به ، من كتاب الصلاة ، وفى : باب أمان النساء وجوارهن ، من كتاب الجزية ، وفى : باب ما جاء فى زعموا ، من كتاب الأدب . صحيح البخارى ١/ ١٠٠، ٤/ ١٢٢، ٨/ ٢٦. وأبو داود ، فى : باب فى أمان المرأة ، من كتاب الجهاد . سنن أبى داود ٢/ ٧٧. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى أمان العبد والمرأة ، من أبواب السير . عارضة الأحوذى ٧/ ٧٥. والدارمى ، فى : باب يجير على المسلمين أدناهم ، من كتاب السير . سنن الدارمى ٢/ ٢٣٤.

وانظر تخريجه عند مسلم والدارمى والإمام مالك والإمام أحمد ، فى : ١/ ٣٤٥.

(٢) تقدم تخريجه فى ٢٩٨/٢ .

(٣) فى ف : « ضبابة » . بالضاد المعجمة ، وفى م : « حبابة » . بالحاء المهملة .

وهو مقيس بن صبابة بن حزن بن سيار الكنانى القرشى ، ويقال : صبابة أمه ، شاعر ، اشتهر فى الجاهلية ، شهد بدرا مع المشركين ، أظهر الإسلام وقتل رجلا من المسلمين ، ثم ارتد ولحق بقريش ، وقال شعرا فى ذلك ، فأهدر النبى ﷺ دمه ، فقتله نميلة بن عبد اللّٰه الليثى يوم فتح مكة . معجم الشعراء ٤٣٤، الحماسة الشجرية ١/ ١١١، الأعلام ٨/ ٢١٠.

وقد ورد فى غالب المصادر : صبابة . بالصاد المهملة . سيرة ابن هشام ٢/ ٢٩٣، ٤١٠. المغازى للواقدى ١/ ١٤٥، ٢/ ٨٢٥، ٨٦٠ - ٨٦٢، ٨٧٥. الصحاح (ق ى ص) . وفى نسخة من ابن هشام : ضبابة . بالضاد المعجمة . السيرة ٢/ ٤١٠. وفى القاموس وتاج العروس : حبابة . بالحاء المهملة . القاموس (ق ى س) . التاج (ق ى س) .

وانظر ما أخرجه أبو يعلى ، فى : مسنده ٢/١٠٠ ، ١٠١ . والبزار ، انظر : كشف الأستار ٢/ ٣٤٣، ٣٤٤ . والطبرانى ، فى : الأوسط ٧/ ٢٩٨- ٣٠٠ . والدارقطنى ، فى : سننه ٣/ ٥٩.

فصل : ولا يجوزُ بَيْعُ أرْضِ الشّامِ ، وسَوادِ العِراقِ ، ونحوِهما ممّا فُتِحَ عَنْوَةً ؛ لأنَّ عُمَرَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، وَقَفَه على المسْلِمين ، وأقَرَّه فى يَدِ أرْبابِه بالخَرَاجِ الذى ضَرَبَه يكونُ أُجْرَةً له فى كُلِّ عامٍ ، ولم يُقَدِّرْ مُدَّتَها ؛ لعُمومِ المَصْلَحَةِ فيها ، وقد اشْتَهَر ذلك فى قِصَصٍ نُقِلَتْ عنه . وعن أحمدَ ، أنَّه كَرِه بَيْعَها ؛ لأنَّه يَأْخُذُ ثَمَنَ الوَقْفِ ، وأجازَ شِراءَها ؛ لأنَّه كالاسْتِنْقاذِ لها ، فجاز ، كشِراءِ الأسِيرِ . وتجوزُ إجارَتُها ؛ لأنَّها مُسْتَأْجَرَةٌ فى يَدِ أرْبابِها ، وإجارَةُ المُسْتَأْجِرِ جائِزَةٌ .

فأمّا المَساكِنُ فى المَدائنِ ، فيَجُوزُ بَيْعُها ؛ لأنَّ الصَّحابَةَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنهم ، اقْتَطَعُوا الخِطَطَ[1] فى الكُوفَةِ والبَصْرَةِ فى زَمَنِ عُمَرَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، وبَنَوْها مَساكِنَ ، وتَبايَعُوها مِن غيرِ نَكِيرٍ ، فكان إجْماعًا[2] .

فصل : قال أحمدُ : لا أعْلَمُ فى بَيْعِ المُصْحَفِ رُخْصَةً . ورَخَّصَ فى شِرائِه ، وقال : هو أهْوَنُ ؛ وذلكَ لأنَّ ابنَ [١٣٦و] عُمَرَ ، وابنَ عَبّاسٍ ، وأبا موسى ، كَرِهُوا بَيْعَه ، ولأنَّه يَشْتَمِلُ على كلامِ اللَّهِ تعالى ، فيَجِبُ صِيانَتُه[3] عن الابْتِذالِ ، والشِّراءُ أسْهَلُ ؛ لأنَّه اسْتِنْقاذٌ له ، فلم يُكْرَهْ ، كشِراءِ الأسِيرِ . وقال أبو الخَطّابِ : يجوزُ بَيْعُها مع الكَراهَةِ . وفى شِرائِها وإبْدالِها رِوايَتان .

فإن بِيعَتْ لكافِرٍ ، لم يَصِحَّ ، رِوايَةً واحدةً ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ نَهَى عن

---

(١) الخطط ، جمع خطة : المكان المختط لعمارة ، مثل سدرة وسدر .

(٢) فى س ٢ : « تكلفا » .

(٣) فى م : « صونه » .

المُسافَرَةِ بالقُرْآنِ إلى أرْضِ العَدُوِّ، مَخافَةَ أن تَنالَه أيْدِيهم. [1]حديثٌ صحيحٌ، مُتَّفَقٌ عليه[1]. فلم يَجُزْ تَمْلِيكُهم إيّاه، وتَمْكِينُهم منه، ولأنَّه يُمْنَعُ مِن اسْتِدَامَةِ مِلْكِه، فمُنِعَ ابْتِداءَه[2]، كنِكاحِ المُسْلِمةِ.

فصل: ولا يجوزُ بَيْعُ الخَمْرِ والمَيْتَةِ والخِنْزِيرِ والأَصْنَامِ؛ لِما روَى جابِرٌ قال: سَمِعْتُ رسولَ اللَّهِ ﷺ يقولُ: «إنَّ اللَّهَ وَرَسُولَه حَرَّمَ بَيْعَ الخَمْرِ والمَيْتَةِ والخِنْزِيرِ والأَصْنَامِ». مُتَّفَقٌ عليه[3].

(١ - ١) سقط من: ف، م.

والحديث أخرجه البخارى، فى: باب السفر بالمصاحف إلى أرض العدو، من كتاب الجهاد. صحيح البخارى ٤/ ٦٨. ومسلم، فى: باب النهى أن يسافر بالمصحف إلى أرض الكفار إذا خيف وقوعه بأيديهم، من كتاب الإمارة. صحيح مسلم ٣/ ١٤٩٠، ١٤٩١.

كما أخرجه أبو داود، فى: باب فى المصحف يسافر به إلى أرض العدو، من كتاب الجهاد. سنن أبى داود ٢/ ٣٥. وابن ماجه، فى: باب النهى أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو، من كتاب الجهاد. سنن ابن ماجه ٢/ ٩٦١. والإمام مالك، فى: باب النهى عن أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو، من كتاب الجهاد. الموطأ ٢/ ٤٤٦. والإمام أحمد، فى: المسند ٢/ ٦، ٧، ١٠، ٥٥، ٦٣، ٧٦، ١٢٨.

(٢) فى الأصل: «من ابتدائه»، وفى م: «ابتداء».

(٣) أخرجه البخارى، فى: باب بيع الميتة والأصنام، من كتاب البيوع. صحيح البخارى ٣/ ١١٠. ومسلم، فى: باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، من كتاب المساقاة. صحيح مسلم ٣/ ١٢٠٧.

كما أخرجه أبو داود، فى: باب فى ثمن الخمر، من كتاب الإجارة. سنن أبى داود ٢/ ٢٥١. والترمذى، فى: باب ما جاء فى بيع جلود الميتة والأصنام، من أبواب البيوع. عارضة الأحوذى ٥/ ٣٠٠. والنسائى، فى: باب بيع الخنزير، من كتاب البيوع، وفى: باب النهى عن الانتفاع بشحوم الميتة، من كتاب الفرع والعتيرة. المجتبى ٧/ ١٥٦، ٢٧٣. وابن ماجه، فى: باب ما لا يحل بيعه، من كتاب التجارات. سنن ابن ماجه ٢/ ٧٣٢. والإمام أحمد، فى: المسند ٣/ ٣٢٤، ٤٢٦.

ولا يجوزُ بَيْعُ ما لا نَفْعَ فيه ؛ كالحَشَراتِ ، وسِباعِ البَهائمِ والطَّيْرِ[1] التى لا[2] يُصادُ بها ، وما لا يُؤْكَلُ مِن الطَّيْرِ ، ولا بَيْضِه ؛ لأنَّه لا نَفْعَ فيها ، فأشْبَهَتِ الخِنْزِيرَ .

ولا يجوزُ بَيْعُ الحُرِّ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ قال : « [3]قالَ اللَّهُ تعالَى[3] : ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ القِيَامَةِ » . ذَكَر منهم رَجُلًا باعَ حُرًّا فأكَلَ ثَمَنَه . [4]رَواه البُخارِىُّ[4] .

ولا يجوزُ بَيْعُ ما ليس بمَمْلُوكٍ ، كالمُباحاتِ قبلَ حِيازَتِها ؛ لأنَّها غيرُ مَمْلُوكةٍ ، أَشْبَهَتِ الحُرَّ .

ولا يجوزُ بَيْعُ الدَّمِ ، ولا السِّرْجِينِ[5] النَّجِسِ ؛ لأنَّه مُجْمَعٌ على نَجاستِه وتَحْرِيمِه ، أشْبَهَ المَيْتَةَ .

ولا يجوزُ بَيْعُ شَحْمِ المَيْتَةِ ؛ لأنَّه منها ، وفى حدِيثِ جابِرٍ ، قيلَ : يا

---

(١) فى الأصل : « الطيور » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣ - ٣) سقط من : س ٢، ف ، وفى الأصل ، س ١: « يقول اللّه تعالى » ، وفى ب : « يقول اللّه عز وجل » .

(٤ - ٤) فى ف ، م : « متفق عليه » .

والحديث أخرجه البخارى ، فى : باب إثم من باع حرا ، من كتاب البيوع ، وفى : باب إثم من منع أجر الأجير ، من كتاب الإجارة . صحيح البخارى ٣/ ١٠٨، ١١٨.

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب أجر الأجراء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢/ ٨١٦. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٣٥٨.

(٥) السرجين : الزِّبْل ، كلمة أعجمية .

رسولَ اللَّهِ ، أرَأيْتَ شُحومَ المَيْتَةِ ، فإنَّه يُدْهَنُ بها الجُلُودُ ، ويُطْلَى بها السُّفُنُ ، ويَسْتَصْبِحُ بها الناسُ ؟ فقال : « لَا ، هُوَ حَرَامٌ » . مُتَّفَقٌ عليه[1] .
وما نَجُسَ مِن الأدْهَانِ ، كالزَّيْتِ ، فظاهِرُ المَذْهَبِ تَحْرِيمُ بَيْعِها ؛ قِياسًا على شَحْمِ المَيْتَةِ ، ولقَوْلِ رسولِ اللَّهِ ﷺ : « إنَّ اللَّهَ إذَا حَرَّمَ شيئًا ، حَرَّمَ ثَمَنَهُ » . [2]رواه أبو داودَ[2] . وعنه ، يُبَاعُ لكافِرٍ ، ويُعْلَمُ بحالِه ؛ لأنَّه يَعْتَقِدُ حِلَّه .

وفى جَوازِ الاسْتِصْباحِ بها رِوايَتان ؛ إحْداهُما ، لا يجوزُ ؛ لأنَّه دُهْنٌ نَجِسٌ ، أَشْبَهَ شَحْمَ المَيْتَةِ . والثانيةُ ، يجوزُ ؛ لأنَّه أمْكَنَ الانْتِفاعُ بها مِن غيرِ ضَرَرٍ ، أشْبَهَ الانْتِفاعَ بالجِلْدِ اليابِسِ . قال أبو الخَطَّابِ : ويتَخَرَّجُ على جَوازِ الاسْتِصْباحِ بها جَوازُ بَيْعِها[3] .

قال القاضى : ولا تَطْهُرُ بالغَسْلِ ؛ لأنَّه لا يتَأتَّى فيها العَصْرُ . ويتَخَرَّجُ أنَّها تَطْهُرُ بصَبِّها فى ماءٍ كثيرٍ ، ثم يُتْرَكُ حتى تَطْفُوَ فتُؤْخَذَ ، والعَصْرُ إنَّما يُعْتَبَرُ فيما يتَأتَّى العَصْرُ فيه ، بدَليلِ الخَشَبِ والأحْجارِ . اخْتارَه أبو الخَطَّابِ . فأمّا غيرُ الأدْهَانِ ؛ كالخَلِّ ، واللَّبَنِ ، فلا يَطْهُرُ ، وَجْهًا واحدًا .

فصل : ولا يجوزُ بَيْعُ الكَلْبِ وإن كان مُعَلَّمًا ؛ لِما رَوَى أبو مسعودٍ

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ١٤ .

(٢ - ٢) سقط من : ف ، م .

والحديث أخرجه أبو داود ، فى : باب فى ثمن الخمر والميتة ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢/ ٢٥١. والإمام أحمد ، فى : المسند ١/ ٢٤٧، ٢٩٣، ٣٢٢. والدارقطنى ، فى : سننه ٣/ ٧. وهذا لفظه .

(٣) فى حاشية س ٢، ب : « يعنى مطلقا » .

الأنصارِىُّ ، أنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عن ثَمَنِ الكَلْبِ . وقال : « ثَمَنُ الكَلْبِ خَبِيثٌ » . مُتَّفَقٌ عليهما[1] . ولا غُرْمَ على قاتِلِه ؛ لأنَّه لا قِيمَةَ له ، وقد أساء مَن قَتَل كَلْبًا يُباحُ اقْتِناؤُه .

---

(١) فى ف ، م : « عليه » .

والحديث الأول أخرجه البخارى ، فى : باب ثمن الكلب ، من كتاب البيوع ، وباب كسب البغى والإماء ... ، من كتاب الإجارة ، وفى : باب مهر البغى والنكاح الفاسد ، من كتاب الطلاق ، وفى : باب الكهانة ، من كتاب الطب ، وفى : باب من لعن المصور ، من كتاب اللباس . صحيح البخارى ٣/ ١١٠ ، ١٢٢ ، ٧/ ٧٩ ، ١٧٦ ، ٢١٧ . ومسلم ، فى : باب تحريم ثمن الكلب ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/ ١١٩٩ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى أثمان الكلاب ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢/ ٢٥٠ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية مهر البغى ، من أبواب النكاح ، وفى : باب ما جاء فى ثمن الكلب ، من أبواب البيوع ، وفى : باب ما جاء فى أجر الكاهن ، من أبواب الطب . عارضة الأحوذى ٥/ ٦٧ ، ٢٧٦ ، ٨/ ٢٢٨ ، ٢٢٩ . والنسائى ، فى : باب النهى عن ثمن الكلب ، من كتاب الصيد والذبائح ، وفى : باب بيع الكلب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ١٦٧ ، ٢٧٢ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن ثمن الكلب ومهر البغى ... ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٣٠ . والدارمى ، فى : باب فى النهى عن ثمن الكلب ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/ ٢٥٥ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى ثمن الكلب ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/ ٦٥٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/ ١١٨ - ١٢٠ .

والحديث الثانى أخرجه مسلم ، فى : الموضع السابق .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى كسب الحجام ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢/ ٢٣٨ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى ثمن الكلب ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٢٧٦ . والنسائى ، فى : باب النهى عن ثمن الكلب ، من كتاب الصيد . المجتبى ٧/ ١٦٧ . والدارمى ، فى : باب النهى عن كسب الحجام ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/ ٢٧٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٤٦٤ ، ٤٦٥ . كلهم من حديث رافع بن خديج .

والحديث لم يخرجه البخارى ، انظر : تحفة الأشراف ٣/ ١٤٢ - ١٤٤ .

ولا يُباحُ اقْتِناءُ كَلْبٍ ، إلَّا لصَيْدٍ ، أو حِفْظِ ماشِيَةٍ ، أو حَرْثٍ ؛ لِما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ عن النبيِّ ﷺ أنَّه قال : « مَنِ اتَّخَذَ[1] كَلْبًا ، إلَّا كَلْبَ مَاشِيَةٍ ، أو صَيْدٍ ، أوْ زَرْعٍ ، نَقَصَ مِنْ أجْرِهِ كُلَّ يَوْمٍ قِيرَاطٌ » . مُتَّفَقٌ عليه[2] .

ويجوزُ تَرْبِيَةُ الجَرْوِ الصَّغِيرِ لذلك ؛ لأنَّه قَصَد به ما يُباحُ ، فيأْخُذُ حُكْمَه ، كالجَحْشِ الصَّغِيرِ ، ولأنَّه لو لم يَقْتَنِ غيرَ المُعَلَّمِ ، لم يُمْكِنْ تَعْلِيمُه ، وتعَذَّرَ اقْتِناءُ المُعَلَّمِ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه لا يجوزُ اقْتِناؤُه ؛ لأنَّه ليس مِن الثَّلاثَةِ .

فإنِ اقْتَنَى كَلْبَ الصَّيْدِ مَن لا يَصِيدُ به ، جاز ؛ للحدِيثِ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ[3] ، أنَّه لا يجوزُ ؛ [4]لأنَّه اقْتَناه[4] لغيرِ حاجَةٍ ، أشْبَهَ مَن اقْتَناه للماشِيَةِ ولا ماشِيَةَ له .

فصل : ولا يجوزُ بَيْعُ مَعْدُومٍ ؛ لِما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ أنَّ النبيَّ ﷺ نَهَى

---

(١) في ف : « اقتنى » .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب اقتناء الكلب للحرث ، من كتاب المزارعة . صحيح البخاري ٣/ ١٣٥، ١٣٦. ومسلم ، في : باب الأمر بقتل الكلاب ...، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/ ١٢٠٣.

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في اتخاذ الكلب للصيد وغيره ، من كتاب الصيد . سنن أبي داود ٢/ ٩٧. والترمذي ، في : باب ما جاء من أمسك كلبا ما ينقص من أجره ، من أبواب الصيد . عارضة الأحوذي ٦/ ٢٨٥. والنسائي ، في : باب الرخصة في إمساك الكلب للحرث ، من كتاب الصيد . المجتبى ٧/ ١٦٦. والإمام أحمد ، في : المسند ٢/ ٢٦٧.

(٣) سقط من : س ٢، ف ، ب .

(٤ - ٤) في م : « لأن اقتناءه » .

عن بَيْعِ الغَرَرِ . رَواه مسلمٌ[1] . وبَيْعُ المَعْدُومِ بَيْعُ غَرَرٍ ، ولأنَّ تَحْرِيمَ بَيْعِ الثَّمَرَةِ [١٣٦ظ] قبلَ بُدُوِّ صَلاحِهَا تَنْبِيهٌ على تَحْرِيمِ بَيْعِها قبلَ وُجُودِها ، فلا يجوزُ بَيْعُ الثَّمَرَةِ قبلَ خَلْقِها ، ولا بَيْعُ الماءِ العِدِّ الذى له مادَّةٌ ؛ كماءِ العُيونِ والآبَارِ ؛ لأنَّه بَيْعٌ لِما[2] يتَجَدَّدُ ، وهو فى الحالِ مَعْدُومٌ .

فصل : ولا يجوزُ بَيْعُ ما لا يُقْدَرُ على تَسْلِيمِه ؛ كالطَّيْرِ فى الهواءِ ، والسَّمَكِ فى الماءِ ، والعَبْدِ الآبِقِ ، والجَمَلِ الشَّارِدِ ، والفَرَسِ العائِرِ[3] ، والمَغْصُوبِ فى يَدِ الغاصِبِ ؛ لحديثِ أبى هُرَيْرَةَ . وقال ابنُ مسعودٍ : لا تَشْتَرُوا السَّمَكَ فِى الماءِ ؛ فإنَّه غَرَرٌ[4] . ولأنَّ القَصْدَ بالبَيْعِ تَمْلِيكُ التَّصَرُّفِ ، ولا يُمْكِنُ ذلك فيما لا يُقْدَرُ على تَسْلِيمِه . فإن باع طَيْرًا له فى بُرْجٍ مُغْلَقٍ

---

(١) فى : باب بطلان بيع الحصى والبيع الذى فيه غرر ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/ ١١٥٣.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى بيع الغرر ، وباب فى بيع المضطر ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/ ٢٢٨، ٢٢٩. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية بيع الغرر ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٢٣٧. والنسائى ، فى : باب بيع الحصاة ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٣٠. وابن ماجه ، فى : باب النهى عن بيع الحصاة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٣٩. والدارمى ، فى : باب النهى عن بيع الغرر ، وباب فى بيع الحصاة ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/ ٢٥١، ٢٥٣، ٢٥٤. والإمام مالك ، فى : باب بيع الغرر ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/ ٦٦٤. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ١٥٥، ٢٥٠، ٣٧٦، ٤٣٦، ٤٣٩، ٤٩٦.

(٢) فى م : « لم » .

(٣) الفرس العائر : الذى انفلت من صاحبه .

(٤) أخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى ٥/ ٣٤٠.

وأخرجه الإمام أحمد عنه مرفوعا فى : المسند ١/ ٣٨٨. وصحح البيهقى وقفه . وانظر : التلخيص الحبير ٣/ ٧.

البابِ ، أو سَمَكًا له[1] فى بِرْكَةٍ مُعَدَّةٍ للصَّيْدِ ، وكان مَعْرُوفًا بالرُّؤْيَةِ ، مَقْدُورًا على تَناوُلِه بلا تَعَبٍ ، جاز بَيْعُه ؛ لعَدَمِ الغَرَرِ فيه ، وإنِ اخْتَلَّ بَعْضُ ذلك ، لم يَجُزْ . وإن باع الآبِقَ لقادِرٍ عليه ، أو المَغْصُوبَ لغاصِبِه ، أو لقادِرٍ على أخْذِه منه ، جاز ؛ لذلك ، وإلَّا فلا .

فصل : ولا يجوزُ بَيْعُ ما تُجْهَلُ صِفَتُه ؛ كالحَمْلِ فى البَطْنِ ، واللَّبَنِ فى الضَّرْعِ ، والبَيْضِ فى الدَّجاجِ ، والنَّوَى فى التَّمْرِ ؛ لحديثِ أبى هُرَيْرَةَ . ورَوَى ابنُ عُمَرَ أنَّ النبىَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ المَجْرِ[2] . والمَجْرُ[3] : شِراءُ ما فى الأرْحامِ . وعن أبى هُرَيْرَةَ أنَّ النبىَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ المَضامِينِ والمَلاقِيحِ[4] . قال أبو عُبَيْدٍ[5] : المَلاقِيحُ : ما فى البُطُونِ ؛ وهى الأجِنَّةُ ، والمَضامِينُ : ما فى أصْلَابِ الفُحُولِ . وما سِواه يُقاسُ عليه .

ورُوِىَ أنَّ النبىَّ ﷺ نَهَى أن يُباعَ صُوفٌ على ظَهْرٍ ، أو لَبَنٌ فى ضَرْعٍ . رَواه ابنُ ماجَه[6] . وعنه فى بَيْعِ الصُّوفِ على الظَّهْرِ رِوايَتان ؛ إحْداهما ، لا يجوزُ ؛ للخَبَرِ ، ولأنَّه مُتَّصِلٌ بالحَيَوانِ ، فلم يَجُزْ إفْرادُه

---

(١) سقط من : م .

(٢) أخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى ٥/ ٣٤١.

(٣) فى حاشية ف : « المجر ، بفتح الميم وسكون الجيم : ما فى بطون الحوامل – والتحريك ، لغيّة أو لحن – والربا والقمار ، وأمْجَرَ فى البيع وماجره مماجرة ومجارا ، راباه » .

(٤) أخرجه البزار ، انظر : كشف الأستار ٢/ ٨٧ . ومن حديث ابن عباس أخرجه البزار فى : الموضع السابق . والطبرانى ، فى : المعجم الكبير ١١/ ٢٣٠.

(٥) فى : غريب الحديث ١/ ٢٠٧، ٢٠٨.

(٦) لم نجده فى سنن ابن ماجه ، وأخرجه الدارقطنى ، فى : سننه ٣/ ١٤. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٥/ ٣٤٠. وانظر : التلخيص الحبير ٣/ ٦.

بالبَيْعِ ، كأعْضائِه . والثانِيَةُ ، يجوزُ بشَرْطِ جَزِّه فى الحالِ ؛ لأنَّه مَعْلُومٌ مُمْكِنٌ تَسْلِيمُه ، فجاز بَيْعُه ، كالزَّرْعِ فى الأرْضِ .

فصل : ولا يَصِحُّ[1] بَيْعُ الأعْيانِ مِن غيرِ رُؤْيَةٍ أو صِفَةٍ تَحْصُلُ بها مَعْرِفَةُ المَبِيعِ ، فى ظاهِرِ المَذْهَبِ ؛ لحديثِ أبى هُرَيْرَةَ[2] ، ولأنَّه مَجْهُولٌ عندَ العاقِدِ ، فلم يَصِحَّ بَيْعُه ، كالنَّوَى فى التَّمْرِ . فعلى هذا ، يُشْتَرَطُ رُؤْيَةُ ما هو مَقْصُودٌ بالبَيْعِ ؛ كداخِلِ الثَّوْبِ ، وشَعَرِ الجارِيَةِ . وعنه ، يجوزُ ؛ لأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ ، فأشْبَهَ النِّكاحَ . فعلى هذا ، هل يَثْبُتُ له خِيارُ الرُّؤْيَةِ ؟ [3] فيه رِوايَتان[3] ؛ إحداهما ، لا خِيارَ له ؛ لأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ صَحَّ مع الغَيْبَةِ ، فأشْبَهَ النِّكاحَ . والثانيةُ ، يَثْبُتُ له الخِيَارُ عندَ الرُّؤْيَةِ فى الفَسْخِ والإمْضاءِ ؛ لأنَّه يُرْوَى عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال : « مَنِ اشْتَرَى مَا لَمْ يَرَه ، فَهُوَ بالخِيَارِ إذَا رَآهُ »[4] . ويكونُ خِيارُه على الفَوْرِ ؛ للحديثِ . وقيل : يتَقَيَّدُ بالمجلِسِ ؛ لأنَّه خِيارٌ ثابِتٌ بمُقْتَضَى العَقْدِ ، فتقَيَّدَ بالمجْلِسِ ، كخِيارِ المجلِسِ . فإنِ اخْتارَ إمْضاءَ العَقْدِ قبلَ الرُّؤْيَةِ ، لم يَلْزَمْ ؛ لأنَّه تعَلَّقَ بالرُّؤْيَةِ ، ولأنَّه يُؤَدِّى إلى إلزامِ[5] العَقْدِ فى مَجْهُولِ الصِّفَةِ . وإنِ اخْتارَ الفَسْخَ انْفَسَخَ ؛ لأنَّ الفَسْخَ يَصِحُّ فى مَجْهُولِ الصِّفَةِ .

---

(١) فى م : « يجوز » .
(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ١٩.
(٣ - ٣) فى م : « على روايتين » .
(٤) أخرجه الدارقطنى ، فى : سننه ٣/ ٤. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٥/ ٢٦٨. وهو ضعيف . انظر : التلخيص الحبير ٣/ ٦.
(٥) فى م : « التزام » .

ويُعْتَبَرُ لصِحَّةِ العَقْدِ الرُّؤْيَةُ مِن المُتَعاقِدَيْن جميعًا ؛ لأنَّ الرِّضا مُعْتَبَرٌ منهما ، فتُعْتَبَرُ الرُّؤْيَةُ التى هى مَظِنَّةٌ له منهما جميعًا .

فصل : فإن رَأَيا المبِيعَ ، ثم عَقَدا بعدَ ذلك بزَمَنٍ لا تتَغَيَّرُ العَيْنُ فيه ، صَحَّ فى صحيحِ المَذْهَبِ . وعنه ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ ما كان شَرْطًا يُعْتَبَرُ وُجودُه حالَ العَقْدِ ، كالشَّهادَةِ فى النِّكاحِ . ولَنا ، أنَّه معْلُومٌ عندَهما ، أشْبَهَ ما لو شاهَداه حالَ العَقْدِ ، أو[1] اشْتَرَى منه دارًا كبيرةً وهو فى طَرَفِها ، والشَّرْطُ العِلْمُ ، وهو مُقارِنٌ للعَقْدِ . ثم إن وَجَد المَبِيعَ لم يتَغَيَّرْ ، لَزِم ، وإن وَجَده ناقِصًا ، فله الخِيارُ ؛ لأنَّ ذلك كالعَيْبِ . [١٣٧و] وإنِ اخْتَلَفَا فى التَّغَيُّرِ ، فالقَوْلُ قولُ المُشْتَرِى ؛ لأنَّ الثمَنَ يلْزَمُه ، فلا يلْزَمُه إلَّا ما اعْتَرَفَ به . وإن عَقَدا بعدَ الرُّؤْيَةِ بزَمَنٍ يَفْسُدُ فيه ظاهِرًا ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه غيرُ مَعْلُومٍ ، وإنِ احْتَمَلَ الأمْرَيْن ولم يَظْهَرِ التَّغَيُّرُ ، فالعَقْدُ صحيحٌ ؛ لأنَّ الأصْلَ سلامَتُه .

فصل : ويَصِحُّ البَيْعُ بالصِّفَةِ فى صحيحِ المَذْهَبِ ، إذا ذَكَر أوْصافَ السَّلَمِ ؛ لأنَّه لمَّا عُدِمَتِ المُشاهَدَةُ للمَبِيعِ ، وَجَبَ اسْتِقْصاءُ صِفاتِه ، كالسَّلَمِ ، وإذا وجَدَه على الصِّفَةِ ، لَزِمَ العَقْدُ ، وإن وجَدَه على خِلافِها ، فله الفَسْخُ . فإنِ اخْتَلَفَا فى التَّغَيُّرِ[2] ، فالقَوْلُ قولُ المُشْتَرِى ؛ لِما ذَكَرْناه . وعنه ، لا يَصِحُّ البَيْعُ بالصِّفَةِ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ اسْتِقْصاؤُها . والمَذْهَبُ الأوَّلُ ؛

---

(١) فى الأصل : « وإن » .

(٢) فى ف : « الصفة » .

لأنَّه مَبيعٌ مَعْلُومٌ بالصِّفَةِ ، فصَحَّ بَيْعُه ، كالمُسْلَمِ فيه .

وبَيْعُ الأعْمَى وشِراؤُه بالصِّفَةِ كبَيْعِ البَصِيرِ بها ، فإن عُدِمَتِ الصِّفَةُ ، وأمْكَنَه مَعْرِفَةُ المَبِيعِ بذَوْقٍ أو شَمٍّ ، صَحَّ بَيْعُه ، وإلَّا لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه مَجْهُولٌ فى حَقِّه .

فصل : ولا يجوزُ بَيْعُ عبدٍ مِن عبيدٍ ، ولا شاةٍ مِن قَطِيعٍ ، ولا ثَوْبٍ مِن أثْوابٍ ، ولا أحَدِ هذَيْن العَبْدَيْنِ ؛ لأنَّه غَرَرٌ ، فيَدْخُلُ فى الخَبَرِ ، ولأنَّه يَخْتَلِفُ فيُفْضِى إلى التَّنازُعِ .

ويجوزُ بَيْعُ قَفِيزٍ[(١)] مِن صُبْرَةٍ ، ورَطْلِ زَيْتٍ مِن دَنٍّ ، أو زُبْرَةٍ[(٢)] ؛ لأنَّ أجْزاءَه لا تَخْتَلِفُ ، فلا يُفْضِى إلى التَّنازُعِ .

فإن باع جَرِيبًا[(٣)] مِن ضَيْعَةٍ يَعْلَمانِ جُرْبَانَها ، صحَّ ، وكان المَبِيعُ مُشاعًا منها ، إن كانَتْ عَشَرَةَ أجْرِبَةٍ ، فالمَبِيعُ عُشْرُها ، وإن لم يَعْلَما جُرْبَانَها ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه لا يُعْلَمُ قَدْرُه منها ، فيكونُ مَجْهُولًا .

فصل : وما لا تَخْتَلِفُ أجزاؤُه ؛ كصُبَرِ الطَّعامِ ، وزِقِّ الزَّيْتِ ، يُكْتَفَى

---

(١) القفيز : مكيال كان يكال به قديما ، ويعادل بالتقدير المصرى الحديث نحو ستة عشر كيلو جرامًا .

(٢) فى م : « ركوة » .
والزبرة : القطعة من الحديد .

(٣) فى حاشية ف : « قال الفيومى فى المصباح : والجريب الوادى ، ثم استعير للقطعة المتميزة من الأرض . ثم ذكر أنه يختلف مقداره بحسب اصطلاح أهل الأقاليم كاختلافهم فى الرطل والذراع ، ثم حرره فذكر أنه عشرة آلاف ذراع » . وانظر المصباح المنير (ج ر ب) .

برُؤْيَةِ بعضِه ؛ لأنَّها تُزِيلُ الجَهالَةَ ، لتَساوِى أجْزَائِه ، ولأنَّه تتَعَذَّرُ رُؤْيَةُ جميعِه ، فاكْتُفِىَ ببعضِه ، كأساساتِ الحِيطَانِ ، وما تَشُقُّ رُؤْيَتُه ، كالذى مَأْكُولُه فى جَوْفِه ، يُكْتَفَى برُؤْيَةِ ظاهرِه ؛ لذلك ، (١)وكذلك أساساتُ الحِيطانِ ، وطَىُّ الآبارِ ، وشِبْهُهما .

ويجوزُ بيعُ(١) البَاقِلَّا والجَوْزِ واللَّوْزِ فى قِشْرَتِه ، والحَبِّ المُشْتَدِّ(٢) فى سُنْبُلِه ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ (٣)الحَبِّ حتى يَشْتَدَّ(٣) . (٤)رَواه أبو داودَ(٤) . فمَفْهُومُه جَوازُ بَيْعِ المُشْتَدِّ . ولأنَّه مَسْتُورٌ بما خُلِقَ فيه ، فجاز بَيْعُه ، كالذى مأْكُولُه فى جَوْفِه ، ولأنَّ قِشْرَه الأعْلَى مِن مَصْلَحَتِه ؛ لأنَّه يَحْفَظُ رُطُوبَتَه ، وادِّخارُ الحَبِّ فى سُنْبُلِه أبْقَى له ، فجاز بَيْعُه فيه ، كالسُّلْتِ(٥) والأُرْزِ . وما لا تَشُقُّ رُؤْيَةُ جميعِه (٦)يُشْتَرَطُ رُؤْيَةُ جميعِه(٦) ، على ما أسْلَفْناه .

(١ - ١) فى م : « والحب فى سنبله ؛ لأن النبى ﷺ نهى عن بيع الحب حتى يشتد . فمفهومه جواز بيع » .

(٢) زيادة من : ف .

(٣ - ٣) فى الأصل : « العنب حتى يسود » . وهو الشطر الأول من الحديث .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل ، م .

والحديث أخرجه أبو داود ، فى : باب فى بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/ ٢٢٧.

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٢٣٦. وابن ماجه ، فى : باب النهى عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٤٧. والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٢٢١ ، ٢٥٠.

(٥) السلت : قيل : ضرب من الشعير ليس له قشر . وقيل : ضرب منه رقيق القشر صغار الحب .

(٦ - ٦) سقط من : م .

فصل : إذا قال : بِعْتُكَ هذه الصُّبْرَةَ . صَحَّ ، وإن لم يَعْرِفْ[1] قَدْرَها ؛ لأنَّ ابنَ عُمَرَ قال : كُنّا نَبْتاعُ الطَّعامَ مِن الرُّكْبَانِ جِزَافًا على عَهْدِ رسولِ اللَّهِ ﷺ . مُتَّفَقٌ عليه[2] . ولأنَّ غَرَرَ ذلك يَنْتَفِي بالمُشاهَدَةِ ، فاكْتُفِيَ بها . وإن باعه نِصْفَها أو ثُلُثَها أو جُزْءًا منها مُشاعًا ، صحَّ ؛ لأنَّ مَن عَرَف شيئًا عَرَف جُزْءَه . وإن قال : بِعْتُكَها كلَّ قَفِيزٍ بدِرْهَمٍ . صَحَّ[3] ؛ لأنَّ المَبِيعَ مَعْلُومٌ بالمُشاهَدَةِ ، والثَّمَنَ مَعْلومٌ ، لإشارَتِه إلى ما يَعْلَمُ مَبْلَغَه بجِهَةٍ لا تتعَلَّقُ بالمُتَعاقِدَيْن ، وهو كَيْلُ الصُّبْرَةِ ، فجاز ، كما لو باعَه مُرَابَحَةً لكلِّ عَشَرَةٍ دِرْهَمٌ .

ولو قال : بِعْتُكَ بعضَ هذه الصُّبْرَةِ . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ البَعْضَ مَجْهُولٌ . ولو قال : بِعْتُكَ منها كلَّ قَفِيزٍ بدِرْهَمٍ . لم يَصِحَّ أيضًا[4] ؛ لأنَّه باعَه بعضَها . ولو قال : بِعْتُكَها على أن أَزِيدَكَ قَفِيزًا . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ الزَّائِدَ

---

(١) في م : « يعلم » .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة ، من كتاب البيوع . صحيح البخاري ٣/ ٨٩. ومسلم ، في : باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/ ١١٦١.

كما أخرجه أبو داود ، في : باب بيع الطعام قبل أن يستوفى ، من كتاب الإجارة . سنن أبي داود ٢/ ٢٥٢. والنسائي ، في : باب بيع ما يشترى من الطعام جزافا قبل أن ينقله من مكانه ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٥٢، ٢٥٣. وابن ماجه ، في : باب بيع المجازفة ، من كتاب البيوع . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٥٠. والإمام مالك ، في : باب العينة وما يشبهها ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/ ٦٤١. والإمام أحمد ، في : المسند ٢/ ١٥، ٢١، ١١٢، ١١٣، ١٤٢. وانظر ألفاظ الحديث في الإرواء ٥/ ١٧٨، ١٧٩.

(٣) سقط من : الأصل ، س ٢.

(٤) زيادة من : ف .

مَجْهُولٌ . فإن قال : على أن أزِيدَكَ قَفِيزًا مِن هذه [(1] الأُخْرَى . صَحَّ ؛ لأنَّ معْناه : بِعْتُكَها وقَفِيزًا مِن هذه . وإن قال : على أن أزِيدَكَ قَفِيزًا مِن هذه [1)] . أو : أنْقُصَكَ قَفِيزًا . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه لا يَدْرِى أيَزِيدُه أم يَنْقُصُه . وإن قال : بِعْتُكَها كلَّ قَفِيزٍ بدِرْهَمٍ ، علَى أن[2] أزِيدَكَ قَفِيزًا مِن هذه الأُخْرَى . وهما يَعْلَمان قَدْرَ قُفْزانِها ، صَحَّ ؛ لأنَّهما إذا عَلِماها عشَرَةً ، [١٣٧ظ] فمَعْنَاه : بِعْتُكَ كلَّ قَفِيزٍ وعُشْرًا[3] بدِرْهَمٍ . وإن لم يَعْلَما قَدْرَها ، لم يَصِحَّ ؛ لجَهالَةِ الثَّمَنِ ؛ لأنَّه يَصِيرُ قَفِيزًا و[4] شيئًا لا يعْلَمان قَدْرَه بدِرْهَمٍ ، لجَهْلِهما بكَمِّيَّةِ قُفْزانِها . وكذلك إن قال : على أن أنْقُصَكَ قَفِيزًا . وإن جَعَلَا للقَفِيزِ الزَّائدِ ثَمَنًا مُفْرَدًا ، صَحَّ فى الحالَيْنِ .

فصل : ويُكْتَفَى بالرُّؤْيَةِ فيما لا تَتَساوَى أجْزاؤُه ؛ كالأرْضِ ، والثَّوْبِ ، والقَطِيعِ مِن الغَنَمِ[5] ؛ لِما ذَكَرْنا فى الصُّبْرَةِ ، وفيه نَحْوٌ مِن مَسَائِلِها . ولو قال : بِعْتُكَ مِن الدّارِ مِن ههُنا إلى ههُنا . جاز ؛ لأنَّه مَعْلُومٌ . وإن قال : عَشَرَةَ أذْرُعٍ ابْتِداؤُها مِن ههُنا . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه لا يَدْرِى إلى أين يَنْتَهِى . ولو قال : بِعْتُكَ نِصْفَ دارِى ممَّا يَلِى دارَكَ . لم يَصِحَّ . نَصَّ عليه ؛ لذلك . وإن قال : بِعْتُكَ مِن هذا الثَّوْبِ مِن أوَّلِه إلى ههُنا . صَحَّ ؛ لأنَّه

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) سقط من : م .

(٣) فى ف : « عشر قفيز » ، وفى م : « عشر » .

(٤) فى س ٢ : « أو » .

(٥) بعده فى ف : « فإن قال : بعتك هذه الأرض أو هذا الثوب أو هذا القطيع بألف . صح ، إذا كان مشاهدا . وإن قال : بعتك نصفه أو ثلثه أو ربعه بكذا . صح أيضا . وإن قال : بعتكه كل ذراع بدرهم أو كل شاة بدرهم . صح وإن لم يعلما قدر ذلك حال العقد » .

مَعْلُومٌ. وقال القاضى: إن كان يَنْقُصُه القَطْعُ، لم يَصِحَّ؛ لعَجْزِه عن التَّسْلِيمِ إلَّا بضَرَرٍ. والأوَّلُ أصَحُّ؛ لأنَّ التَّسْلِيمَ مُمْكِنٌ، والضَّرَرُ لا يَمْنَعُ الصِّحَّةَ إذا الْتَزمَه، كما لو باعَه نِصْفًا مُشاعًا، أو نِصْفَ حَيَوانٍ.

فصل: ويُشْتَرَطُ لصِحَّةِ المَبِيعِ مَعْرِفَةُ الثَّمَنِ؛ لأنَّه أحَدُ العِوَضَيْنِ، فيُشْتَرَطُ العِلْمُ به، كالمَبِيعِ ورَأْسِ مالِ السَّلَمِ. فإن باعَه بثَمَنٍ مُطْلَقٍ فى مَوْضِعٍ فيه نَقْدٌ مُعَيَّنٌ، انْصَرفَ إليه، وإن لم يكنْ فيه نَقْدٌ مُعَيَّنٌ، لم يَصِحَّ؛ لجَهالَتِه. وإن باعَه سِلْعَةً برَقْمِها[1]، أو بما باع به فُلانٌ، وهما لا يَعْلَمان ذلك، أو أحَدُهما، أو بما يَنْقَطِعُ به السِّعْرُ، لم يَصِحَّ؛ لأنَّه مَجْهُولٌ. وإن قال: بِعْتُكَ بألْفِ دِرْهَمٍ ذهبًا وفِضَّةً. لم يَصِحَّ؛ لأنَّه لم يُبَيِّنِ القَدْرَ مِن[2] واحدٍ منهما.

وإن باعَه بعَشَرَةٍ نَقْدًا، [3]أو بخَمْسَ[3] عَشْرَةَ نَسِيئَةً، أو بعَشَرَةٍ صِحَاحًا، أو عِشْرِين مُكَسَّرَةً، لم يَصِحَّ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعَتَيْنِ فى بَيْعَةٍ. [4]حديثٌ صحيحٌ[4]. وهو هذا. ولأنَّه لم يَعْقِدْ على ثَمَنٍ بعَيْنِه،

---

(١) الرقم: الثمن الذى يكتب على الثوب. انظر ما يأتى فى صفحة ١٤١.

(٢) بعده فى م: «كل».

(٣ - ٣) فى الأصل: «وخمسة».

(٤ - ٤) سقط من: م.

والحديث أخرجه الترمذى، فى: باب ما جاء فى النهى عن بيعتين فى بيعة، من أبواب البيوع. عارضة الأحوذى ٥/ ٢٣٩. والنسائى، فى: باب بيعتين فى بيعة، من كتاب البيوع. المجتبى ٧/ ٢٦٠. والإمام مالك، فى: باب النهى عن بيعتين فى بيعة، من كتاب البيوع. الموطأ ٢/ ٦٦٣. والإمام أحمد، فى: المسند ٢/ ٤٣٢، ٤٧٥، ٥٠٣.

أَشْبَهَ إذا قال : بِعْتُكَ أحَدَ هذَيْنِ العَبْدَيْن . ويتخَرَّجُ أنَّه يَصِحُّ ؛ بِناءً على قَوْلِه فى الإجارَةِ . وقيلَ : معْنَى بَيْعَتَيْن فى بَيْعَةٍ أن يقولَ : بِعْتُكَ هذا بمِائةٍ ، على أن تَبِيعَنِى دارَك بألْفٍ . أو : على أن تَصْرِفَها لى بذَهَبٍ . وأيًّا مَا كان فهو غيرُ صحيحٍ .

وإن باع بثَمَنٍ مُعَيَّنٍ ، تعَيَّنَ ؛ لأنَّه عِوَضٌ ، فتَعَيَّنَ بالتَّعْيِينِ ، كالمَبِيعِ . فعلى هذا ، إن وجَدَه مَغْصُوبًا ، بَطَل العَقْدُ ، وإن وجَدَه مَعِيبًا فردَّه ، انْفَسَخَ العَقْدُ ؛ لرَدِّ المعْقُودِ عليه ، فأشْبَهَ رَدَّ المَبِيعِ . وعن أحمدَ ، أنَّ الثَّمَنَ لا يتعَيَّنُ إلَّا بالقَبْضِ . فتَنْعَكِسُ هذه الأَحْكامُ .

وإن باعَه بثَمَنٍ فى الذِّمَّةِ ، لم يتعَيَّنْ ، فإذا قَبَضَه فوَجَدَه مَغْصُوبًا ، لم يَبْطُلِ العَقْدُ ، وإن رَدَّه ، لم يَنْفَسِخْ ؛ لأنَّ الثَّمَنَ فى الذِّمَّةِ .

فصل : ولا يجوزُ بَيْعُ المُلامَسَةِ والمُنابَذَةِ ؛ لِما روَى أبو سعيدٍ الخُدْرِيُّ أنَّ النبيَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعَتَيْنِ ؛ المُلامَسَةِ والمُنابَذَةِ . والمُنابَذَةُ أن يقولَ : إذا نبَذْتَ إلَيَّ هذا الثَّوْبَ ، فقد وجَبَ البَيْعُ . والمُلامَسَةُ أن يَمَسَّه بيَدِه ولا يَنْشُرَه . مُتَّفَقٌ عليه[1] . ولأنَّه إذا عَلَّقَ البيعَ على نَبْذِ الثَّوْبِ ولَمْسِه ، فقد

---

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب بيع الملامسة ، وباب بيع المنابذة ، من كتاب البيوع ، وفى : باب اشتمال الصماء ، من كتاب اللباس ، وفى : باب الجلوس كيفما تيسر ، من كتاب الاستئذان . صحيح البخارى ٣/ ٩١، ٩٢، ٧/ ١٩٠، ١٩١، ٨/ ٧٨، ٧٩. ومسلم ، فى : باب إبطال بيع الملامسة والمنابذة ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/ ١١٥٢.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى بيع الغرر ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/ ٢٢٨. والنسائى ، فى : باب تفسير ذلك [بيع الملامسة] ، وباب بيع المنابذة ، وباب تفسير ذلك ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٢٨، ٢٢٩. وابن ماجه ، فى : باب ما جاء فى النهى عن المنابذة والملامسة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٣٣. والدارمى ، فى : باب فى النهى =

علَّقَه على شَرْطٍ ، وهو غيرُ جائزٍ ، وإذا باعَه قبلَ نَشْرِه ، فقد باعَه مَجْهُولًا ، فيكونُ غَرَرًا .

ولا يجوزُ بَيْعُ الحَصاةِ ؛ لِما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ أنَّ النبيَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ الحَصَاةِ . رَواه مسلمٌ[1] . وهو أن يقولَ : ارْمِ هذه الحَصاةَ ، فعلى أىِّ ثَوْبٍ وقَعَتْ ، فهو لك بكذا . وقيلَ : هو أن يقولَ : بِعْتُكَ مِن هذه الضَّيْعَةِ بقَدْرِ ما تَبْلُغُ هذه الحَصاةُ إذا رَمَيْتَها بكذا[2] . وكلاهما غيرُ صحيحٍ ؛ لأنَّه غَرَرٌ .

ولا يجوزُ بَيْعُ حَبَلِ الحَبَلَةِ ؛ لِما رَوَى ابنُ عُمَرَ ، قال : نَهَى النبيُّ ﷺ عن بَيْعِ حَبَلِ الحَبَلَةِ . مُتَّفَقٌ عليه[3] . قال أبو عُبَيْدٍ[4] : هو بَيْعُ ما يَلِدُ

= عن المنابذة والملامسة ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/ ٢٥٣. والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٦، ٩٥.

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ١٩، من حديث نهى عن بيع الغرر .

(٢) بعده فى م : « وكذا » .

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب بيع الغرر وحبل الحبلة ، من كتاب البيوع ، وفى : باب السلم إلى أن تنتج الناقة ، من كتاب السلم ، وفى : باب أيام الجاهلية ، من كتاب مناقب الأنصار . صحيح البخارى ٣/ ٩١، ١١٤، ٥/ ٥٤. ومسلم ، فى : باب تحريم بيع حبل الحبلة ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/ ١١٥٣.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب بيع الغرر ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/ ٢٢٩. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى بيع حبل الحبلة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٢٣٦. والنسائى ، فى : باب بيع حبل الحبلة ، وباب تفسير ذلك ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٥٧، ٢٥٨. وابن ماجه ، فى : باب النهى عن شراء ما فى بطون الأنعام وضروعها وضربة الغائص ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٤٠. والإمام مالك ، فى : باب ما لا يجوز من بيع الحيوان ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/ ٦٥٣. والإمام أحمد ، فى : المسند ١/ ٥٦، ٢/ ٥، ١١، ١٥، ٦٣، ٧٦، ٨٠، ١٠٨، ١٤٤، ١٥٥.

(٤) فى الأصل ، ف : « عبيدة » .

وانظر : غريب الحديث ١/ ٢٠٨.

[١٣٨و] حَمْلُ[1] الناقةِ . وقيل : هو بَيْعُ السِّلْعَةِ بثَمَنٍ إلى أن يَلِدَ حَمْلُ الناقةِ . وكِلاهما لا يجوزُ ؛ لأنَّه على التفسيرِ الأوَّلِ بَيْعُ معْدُومٍ مَجْهُولٍ ، وعلى الثانى بَيْعٌ بثَمَنٍ إلى أجَلٍ مَجْهُولٍ .

ولا يجوزُ تَعْلِيقُ البيعِ على شَرْطٍ مُسْتَقْبَلٍ ؛ كمَجِىءِ المَطَرِ ، وقُدُومِ زيدٍ ، وطُلُوعِ الشمسِ ؛ لأنَّه غَرَرٌ ، ولأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ ، فلم يَجُزْ تَعْلِيقُه على شَرْطٍ مُسْتَقْبَلٍ ، كالنِّكاحِ .

فصل : ولا يجوزُ بَيْعُ العِنَبِ والعَصِيرِ لمَن يَتَّخِذُه خَمْرًا ، ولا السِّلاحِ لأَهْلِ الحَرْبِ ، أو لمَن يُقاتِلُ به فى الفِتْنَةِ ، ولا الأَقْدَاحِ لمَن يَشْرَبُ فيها الخَمْرَ ؛ لأنَّه مَعُونَةٌ على المَعْصِيَةِ ، فلم يَجُزْ ، كإيجارِه دارَه لبَيْعِ الخَمْرِ .

ولا يجوزُ بَيْعُ العَبْدِ المسلمِ لكافِرٍ ؛ لأنَّه يُمْنَعُ مِن اسْتِدامَةِ مِلْكِه عليه ، فلم يَصِحَّ عَقْدُه عليه ، كالنِّكاحِ . فإن أَسْلَمَ فى يَدَيْه أو[2] يَدِ مَوْرُوثِه ، ثم انْتَقلَ إليه بالإرْثِ ، أُجْبِرَ على إزالَةِ مِلْكِه عنه ؛ لأنَّ فى تَرْكِه فى مِلْكِه صَغارًا . فإن باعَه ، أو وَهَبَه لمُسلمٍ ، أو أعْتَقَه ، جاز . وإن كاتَبَه ، ففيه وَجْهان ؛ أحَدُهما ، يجوزُ ؛ لأنَّه يَصِيرُ كالخارِجِ عن مِلْكِه فى التَّصرُّفاتِ . والثانى ، لا يجوزُ ؛ لأنَّه لا يُزِيلُ المِلْكَ ، [3]فلم يُقْبَلْ[3] ، كالتَّزْوِيجِ .

وإنِ ابْتاعَ الكافِرُ مُسْلِمًا يَعْتِقُ عليه بالشِّرَاءِ ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْدَاهما ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه عَقْدٌ يَمْلِكُ به المسلمَ . والثانيةُ ، يجوزُ ؛ لأنَّ مِلْكَه يَزُولُ حالَ

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) بعده فى م : « فى » .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

ثُبُوتِه ، فلا يَحْصُلُ به صَغَارٌ ، وإن حَصَل ، فقد حَصَل له مِن الكَمالِ بالحُرِّيَّةِ فوقَ ما لَحِقَه بِرِقِّ لَحْظَةٍ .

وإن قال الكافِرُ لمسلم : أعْتِقْ عبدَكَ عَنِّى وعَلَىَّ ثَمَنُه . ففيه وَجْهان ؛ بِناءً على ما ذَكَرْناه ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ[1] بَيْعُه للكافِرِ ، وتَوْكِيلُ البائعِ فى عِتْقِه .

فصل : ولا يجوزُ أن يُفَرَّقَ فى البَيْعِ بينَ ذوى رَحِمٍ مَحْرَمٍ قبلَ البُلُوغِ ؛ لِما رَوَى أبو أيُّوبَ عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال : « مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا ، فَرَّقَ اللَّهُ بَيْنَه وبَيْنَ أَحِبَّتِه يَوْمَ القِيَامَةِ »[2] . حديثٌ حسنٌ . وعن علىٍّ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، قال : وَهَبَ لى رسولُ اللَّهِ ﷺ غُلامَيْنِ أخَوَيْنِ[3] ، فبِعْتُ أحَدَهما ، فقال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « مَا فَعَلَ غُلَامُكَ ؟ » . فأخْبَرْتُه ، فقال : « رُدَّهُ رُدَّهُ » . رَواه التِّرْمِذِىُّ[4] ، [5]وقال : حديثٌ حسنٌ[5] . فإن فَرَّقَ

(١) فى م : « بقدر » .

(٢) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية الفرق بين الأخوين ...، من أبواب البيوع ، وفى : باب فى كراهية التفريق بين السبى ، من أبواب السير . عارضة الأحوذى ٥/ ٢٨٣، ٧/ ٦١. والدارمى ، فى : باب النهى عن التفريق بين الوالدة وولدها ، من كتاب السير . سنن الدارمى ٢/ ٢٢٨. والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/ ٤١٣، ٤١٤.

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) فى : باب ما جاء فى كراهية الفرق بين الأخوين ...، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٢٨٣، ٢٨٤.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى التفريق بين السبى ، من كتاب الجهاد . سنن أبى داود ٢/ ٥٨. وابن ماجه ، فى : باب النهى عن التفريق بين السبى ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٥٥، ٧٥٦. والإمام أحمد ، فى : المسند ١/ ١٠٢.

(٥ - ٥) سقط من : الأصل .

بينَهما ، فالبَيْعُ باطِلٌ ، رَضِيَتِ الأُمُّ ذلك أو كَرِهَتْه . نَصَّ عليه ؛ لأنَّ فيه إسْقاطًا لحقِّ الوَلَدِ .

وهل يجوزُ التَّفْرِيقُ بينَهم[1] بعدَ البُلوغِ ؟ فيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، لا يجوزُ ؛ لعُمومِ الخَبَرِ . والثانِيَةُ ، يجوزُ ؛ لأنَّ سَلَمَةَ بنَ الأكْوَعِ أتَى أبا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، بامْرأةٍ وابْنَتِها فى غَزْوَةٍ ، فنَفَّلَه أبو بَكْرٍ ابْنَتَها ، ثم اسْتَوْهَبَها النبىُّ ﷺ مِن سَلَمَةَ ، فوَهَبَها له . رَواه مسلمٌ[2] . وهذا تَفْرِيقٌ . ولأنَّ النبىَّ ﷺ أُهْدِيَتْ له أُخْتانِ ؛ مَارِيَةُ وسِيرِينُ ، فأمْسَكَ مَارِيَةَ ، ووَهَبَ أُخْتَها لحَسّانَ بنِ ثابِتٍ[3] .

فصل : ولا يجوزُ أن يَبِيعَ عَيْنًا لا يَمْلِكُها ليَمْضِىَ[4] ويَشْتَرِيَها ويُسَلِّمَها ؛ لِمَا رَوَى حَكِيمُ بنُ حِزَامٍ أنَّه قال للنبىِّ ﷺ : إنَّ الرَّجُلَ يَأْتِينِى يَلْتَمِسُ مِن البَيْعِ ما ليس عندِى ، فأمْضِى إلى السُّوقِ ، فأشْتَرِيه[5] [6]ثم أبِيعُه[6] منه . فقال النبىُّ

---

(١) فى م : « بينهما » .

(٢) فى : باب التنفيل وفداء المسلمين بالأسارى ، من كتاب الجهاد . صحيح مسلم ٣/ ١٣٧٥، ١٣٧٦.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب الرخصة فى المدركين يفرق بينهم ، من كتاب الجهاد . سنن أبى داود ٢/ ٥٨، ٥٩. وابن ماجه ، فى : باب فداء الأسرى ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٢/ ٩٤٩. والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/ ٤٦، ٤٧، ٥١.

(٣) انظر : سيرة ابن هشام ٢/ ٣٠٦. والإصابة ٧/ ٧٢٢، ٧٢٣.

(٤) فى الأصل : « لأنه يمضى » .

(٥) فى م : « ثم أشتريه » .

(٦ - ٦) فى ف : « ثم أبتاعه » ، وفى م : « فأبيعه » .

ﷺ : « لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ »[1] . حديثٌ صحيحٌ . ولأنَّه يَبِيعُ[2] ما لا يَقْدِرُ على تَسْلِيمِه ، أشْبَهَ بَيْعَ الطَّيْرِ فى الهواءِ .

فإن باع مالَ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، لا يَصِحُّ ؛ لذلك . والثانِيَةُ ، يَصِحُّ ويَقِفُ على إجازَةِ المالِكِ ، فإن أجازه جاز ، وإن أبْطَلَه بَطَل ؛ لِمَا رَوَى عُرْوَةُ بنُ الجَعْدِ البَارِقِيُّ أنَّ النبيَّ ﷺ أعْطاه دِينارًا ليَشْتَرِىَ به شاةً ، فاشْتَرَى به شاتَيْنِ ، ثم باع إحْداهما بدِينارٍ فى الطَّريقِ ، قال : فأتَيْتُ النبيَّ ﷺ بالدِّينارِ وبالشَّاةِ ، فأخْبَرْتُه ، فقال : « بَارَكَ اللَّهُ لَكَ[3] فِى صَفْقَةِ يَمِينِكَ » . رَواه الإمامُ أحمدُ ، والأثْرَمُ[4] . ولأنَّه [١٣٨ظ] عَقْدٌ له مُجيزٌ حالَ وُقوعِه ، فوَقَفَ على إجازَتِه ، كالوَصِيَّةِ .

وإنِ اشْتَرَى بعَيْنِ مالِ غيرِه شيئًا بغيرِ إذْنِه ، فهو كبَيْعِه ، فإنِ اشْتَرَى له شيئًا بغيرِ إذْنِه بثَمَنٍ فى ذِمَّتِه ، ثم نَقَد ثَمَنَه مِن مالِ الغَيْرِ ، صَحَّ الشِّراءُ ؛ لأنَّه تَصَرُّفٌ فى ذِمَّتِه لا فى مالِ غيرِه ، ويَقِفُ على إجازَةِ المُشْتَرِى له ؛ لأنه قَصَدَ الشِّراءَ له ، فإن أجازَه ، لَزِمَه ، وإن لم يُجِزْه ، لَزِمَ مَن اشْتَراه ؛ لأنَّه لا

---

(١) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يبيع ما ليس عنده ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢/ ٢٥٤. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية بيع ما ليس عندك ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٢٤١. والنسائى ، فى : باب بيع ما ليس عند البائع ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٥٤. وابن ماجه ، فى : باب النهى عن بيع ما ليس عندك ...، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٣٧. والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٤٠٢، ٤٣٤.

(٢) فى م : « بيع » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ٨.

يَلْزَمُه ما لم يَأْذَنْ فيه، والبَيْعُ صحيحٌ، فيَلْزَمُ المُشْتَرِىَ. فإن باع مالَ غيرِه وهو حاضِرٌ فلم يُنْكِرْ ذلك، فهو كبَيْعِه فى غَيْبَتِه، فإنَّ السُّكُوتَ ليس بإذْنٍ، فإنَّه مُحْتَمِلٌ لغيرِ[1] الإذْنِ، فلا يتَعَيَّنُ كَوْنُه إذْنًا.

(١) فى م: «كغير».

بابُ بَيعِ النَّجْشِ والتَّلَقّى وبَيعِ حاضِرٍ لبَادٍ وبَيْعِه عَلَى بَيعِ غَيرِه والعِينَةِ

وهى بُيوعٌ مُحَرَّمَةٌ ؛ لِما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ أَنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ قال : « لا تَلَقَّوُا الرُّكْبَانَ ، وَلَا يَبِعْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ ، وَلَا تَنَاجَشُوا ، وَلَا يَبِعْ[1] حَاضِرٌ لِبَادٍ » . مُتَّفَقٌ عليه[2] .

ومَعْنَى النَّجْشِ : أن يَزِيدَ فى السِّلْعَةِ مَن لا يُرِيدُ شِرَاءَها ؛ لِيَغْتَرَّ به المُشْتَرِى ، ويَقْتَدِىَ به . فهو حَرامٌ ؛ لأَنَّه خِدَاعٌ ، والشِّرَاءُ صحيحٌ . وعنه ، أنَّه باطِلٌ ؛ لأَنَّ النَّهْىَ يَقْتَضِى الفَسادَ . والأُولَى أصَحُّ ؛ لأَنَّ النَّهْىَ عاد إلى غيرِ العاقِدِ ، فلم يُؤَثِّرْ فيه . وللمُشْتَرِى الخِيارُ إن غُبِنَ غَبْنًا يَخْرُجُ عن العادَةِ ،

---

(١) فى س ١ : « يبيع » . وهو رواية للبخارى .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب النهى للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم ...، من كتاب البيوع ، وفى : باب الشروط فى الطلاق ، من كتاب الشروط . صحيح البخارى ٣/ ٩٢، ٩٣، ٢٥١. ومسلم ، فى : باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه ...، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/ ١١٥٥.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب من اشترى مصراة فكرهها ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢/ ٢٤٢. والنسائى ، فى : باب بيع المهاجر للأعرابى ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٢٤. والإمام مالك ، فى : باب ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/ ٦٨٣. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٤٦٥.

سَواءٌ كان بمُواطَأةٍ مِن[1] البائعِ أو لم يكنْ ؛ لأنَّه غَبْنٌ للتَّغْرِيرِ بالعاقِدِ ، فأَثْبَتَ الخِيارَ ، كتَلَقِّى الرُّكْبانِ . ولو قال البائعُ : أُعْطِيتُ بهذه السِّلْعَةِ كذا . كاذِبًا ، فاشْتَراها المُشْتَرِى لذلك ، فالبَيْعُ صحيحٌ ، وله الخِيارُ ؛ لِما ذكَرْناه .

فصل : وتَلَقِّى الرُّكْبانِ أن يَخْرُجَ الرجلُ مِن المِصْرِ يتَلَقَّى الجَلَبَ قبلَ دُخُولِه ، فيَشْتَرِيَه ، فيَحْرُمَ ؛ للخَبَرِ ، ولأنَّه يَخْدَعُهم ويَغْبِنُهم ، فأشْبَهَ النَّجْشَ . والشِّراءُ صحيحٌ . وعنه ، أنَّه باطِلٌ ؛ للنَّهْيِ . والمَذْهَبُ الأَوَّلُ ؛ لِما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ أنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ قال : « لَا تَلَقَّوُا الجَلَبَ ، فَمَنْ تَلَقَّاه فاشْتَرَى مِنْهُ ، فَإِذَا أَتَى السُّوقَ فَهُوَ بالخِيَارِ » . رَواه مسلمٌ[2] . والخِيارُ لا يكونُ إلَّا فى عَقْدٍ صحيحٍ ، ولأنَّ النَّهْىَ لضَرْبٍ مِن الخَدِيعَةِ أمْكَنَ اسْتِدْراكُها بالخِيارِ ، فأشْبَهَ بَيْعَ المُصَرّاةِ . وللبائعِ الخِيارُ إن غُبِن غَبْنًا يَخْرُجُ عن العادَةِ ، فإن لم يُغْبَنْ ، فلا خِيارَ له . ويَحْتَمِلُ أنَّ له الخِيارَ ؛ للخَبَرِ . والأوَّلُ المَذْهَبُ ؛ لأنَّه إنَّما يَثْبُتُ لدَفْعِ الضَّرَرِ عن البائعِ ، ولا ضَرَرَ مع عَدَمِ الغَبْنِ ، والحديثُ يُحْمَلُ على هذا ، وجَعْلُ النبىِّ ﷺ له الخِيارَ إذا هَبَط السُّوقَ يُفْهَمُ منه الإشارَةُ إلى مَعْرِفَتِه بالغَبْنِ .

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى : باب تحريم تلقى الجلب ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/ ١١٥٧.

كما أخرجه النسائى ، فى : باب التلقى ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٢٦. والدارمى ، فى : باب النهى عن تلقى البيوع ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/ ٢٥٥. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٤٨٨.

فإن خَرَج لحاجَةٍ غيرِ قَصْدِ التَّلَقِّى ، فقال القاضِى : لا يجوزُ له الشِّراءُ ؛ لوُجودِ مَعْنَى النَّهْيِ . ويَحْتَمِلُ الجوازَ ؛ لعدَمِ دُخُولِه فى الخَبَرِ .

والبيعُ للرُّكْبانِ كالشِّراءِ منهم ؛ لأَنَّ النَّهْىَ عن تَلَقِّيهم لدَفْعِ الغَبْنِ ، والشِّراءُ والبَيْعُ فيه واحِدٌ .

فصل : وبَيْعُ الحاضِرِ للبادِى هو أن يَخْرُجَ الحاضِرُ إلى جَلَّابِ السِّلَعِ ، فيقولَ : أنا أَبِيعُ لك . فهو حَرامٌ ؛ للخَبَرِ ، ولأَنَّ فيه تَضْيِيقًا على المسْلِمين ؛ إذْ لو تَرَكَ الجالِبَ يَبِيعُ مَتاعَه ، باعَه برُخْصٍ ، فإذا تَوَلَّاه الحاضِرُ لم يَبِعْه برُخْصٍ ، وقد أشار النبيُّ ﷺ إلى ذلك بقَولِه : « لَا يَبِعْ[1] حَاضِرٌ لِبَادٍ ، دَعُوا النَّاسَ يَرْزُقِ اللَّهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ »[2] . وعنه ، لا بَأْسَ به . وحَمَلَ الخَبَرَ على أنَّه اخْتَصَّ بأَوَّلِ الإسْلامِ ، لِما كان عليهم مِن الضِّيقِ . والمَذْهَبُ الأَوَّلُ ؛ للخَبَرِ والمَعْنَى .

قال أصْحابُنا : إنَّما يَحْرُمُ بشُروطٍ خَمْسَةٍ ؛ أحدُها ، أن يكونَ الحاضِرُ[3]

---

(١) فى س ٢ : « يبيع » .

(٢) أخرجه مسلم ، فى : باب تحريم بيع الحاضر للبادى ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/ ١١٥٧ . وأبو داود ، فى : باب فى النهى أن يبيع حاضر لباد ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢/ ٢٤٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء لا يبيع حاضر لباد ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٢٣١ . والنسائى ، فى : باب بيع الحاضر للبادى ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٢٥ . وابن ماجه ، فى : باب النهى أن يبيع حاضر لباد ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٣٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٣٠٧ ، ٣١٢ ، ٣٨٦ ، ٣٩٢ . كلهم من حديث جابر ، رضى الله عنه .

(٣) بعده فى م : « قد » .

قَصَد البادِىَ ليَتَوَلَّى ذلك. الثانى، أن يكونَ البادِى جاهِلًا بالسِّعْرِ؛ [١٣٩و] لأنَّه إذا كان عالمًا به، فهو كالحاضِرِ. والثالثُ، أن يكونَ جَلَب السِّلْعَةَ ليَبِيعَها، فإن جَلَبَها ليَدَّخِرَها، فلا ضَرَر على الناسِ فى بَيْعِ الحاضِرِ له[١]. ذَكَر الخِرَقِىُّ هذه الثَّلاثَةَ. وذَكَر القاضى شَرْطَيْنِ آخَرَيْن[١]؛ أن يَقْصِدَ بَيْعَها بسِعْرِ يَوْمِها، ويتَضَرَّرَ الناسُ بتأْخِيرِ بَيْعِه. فإذا اجْتَمَعتْ هذه الشُّروطُ، فالبَيْعُ باطِلٌ؛ للنَّهْىِ عنه. وعنه، أنَّه صحيحٌ؛ لأنَّ النَّهْىَ عنه لمَعْنًى فى غيرِه.

فأمّا شِراءُ الحاضِرِ للبادِى، فصحيحٌ؛ لأنَّه لا ضَيْقَ[٢] على الناسِ فيه، وإذا شُرِعَ ما يُدْفَعُ به الضَّرَرُ[٣] عن أهْلِ المِصْرِ، لا يَلْزَمُ شَرْعُ ما يتَضَرَّرُ به أهْلُ البَدْوِ، فإنَّ الخَلْقَ فى نَظَرِ الشّارِعِ على السَّواءِ.

فصل: وأمّا البَيْعُ على بيعِ أخِيه، فهو أن يقولَ لمَن اشْتَرى شيئًا فى مُدَّةِ الخِيَارِ: أنا أبِيعُك مِثْلَه بدُونِ هذا الثَّمَنِ. أو: أجْوَدَ منه بهذا الثَّمَنِ. فيَفْسَخَ العَقْدَ، ويَشْتَرِىَ سِلْعَتَه، فيَحْرُمَ؛ للخَبَرِ، ولأنَّ فيه إفْسادًا [٤]وإنْجاشًا[٤]. وإن فَسَخ البَيْعَ واشْتَرَى سِلْعَتَه، فالشِّراءُ باطِلٌ؛ للنَّهْىِ عنه.

وشِراؤُه على شِراءِ أخِيه، كبَيْعِه على بَيْعِه. ويَحْتَمِلُ أنَّ البَيْعَ صحيحٌ؛ لأنَّ النَّهْىَ لمَعْنًى فى غيرِ العَقْدِ.

---

(١) سقط من: الأصل.

(٢) فى م: «يضيق».

(٣) فى م: «الضر».

(٤ - ٤) فى م: «وشبها بالنجش».

فصل: فأمّا سَوْمُه على سَوْمِ أخِيه، فيُنْظَرُ[1] فيه؛ فإن كان البائعُ أنْعَمَ[2] للمُشْتَرِى بالبَيْعِ[3] بثَمَنٍ مَعْلُومٍ، حَرُم على غيرِه سَوْمُه؛ لِمَا روَى أبو هُرَيْرَةَ أنَّ النبىَّ ﷺ قال: «لَا يَسُمِ الرَّجُلُ عَلَى سَوْمِ أخِيهِ». رَواه مسلمٌ[4]. وإن لم يُنْعِمْ[5] له، جاز سَوْمُها؛ لِمَا روَى أنَسٌ أنَّ رَجلًا شَكَا إلى النبىِّ ﷺ الشِّدَّةَ والجَهْدَ، فقال له: «مَا بَقِىَ لَكَ شَىْءٌ؟». قال: بلَى، قَدَحٌ وحِلْسٌ. فأَتاه بهما، فقال: «مَنْ يَبْتَاعُهُمَا؟». فقال رجلٌ: أنا أبْتَاعُهما بدِرْهَمٍ. فقال النبىُّ ﷺ: «مَنْ يَزِيدُ عَلَى دِرْهَمٍ؟». فأعْطاه رجلٌ دِرْهَمَيْنِ، فباعَهما منه[6]. قال التِّرْمِذِىُّ: هذا حديثٌ حسنٌ. ولأنَّ فاطِمَةَ بنتَ قَيْسٍ ذكَرَتْ للنبىِّ ﷺ أنَّ مُعاوِيَةَ وأبا جَهْمٍ خَطَباها، فأمَرَها أن تَنْكِحَ أُسَامَةَ. مُتَّفَقٌ عليه[7].

---

(١) فى م: «فننظر».

(٢) فى ف: «أبرم».

(٣) سقط من: م.

(٤) فى: باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه حتى يأذن أو يترك، من كتاب النكاح، وفى: باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه ...، من كتاب البيوع. صحيح مسلم ٢/ ١٠٣٣، ٣/ ١١٥٤.
كما أخرجه ابن ماجه، فى: باب لا يبيع الرجل على بيع أخيه ...، من كتاب التجارات. سنن ابن ماجه ٢/ ٧٣٤. والإمام أحمد، فى: المسند ٢/ ٤٢٧، ٤٨٧، ٥١٦.

(٥) فى ف: «يبرم».

(٦) تقدم تخريجه فى صفحة ٨، حاشية ٤.

(٧) الحديث ليس عند البخارى. انظر: تحفة الأشراف ١٢/٤٦٩، ٤٧٠. والتلخيص الحبير ٣/ ١٥١، ١٦٥.
وأخرجه مسلم، فى: باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها، من كتاب الطلاق. صحيح مسلم ٢/ ١١١٤ - ١١٢٠.
كما أخرجه أبو داود، فى: باب نفقة المبتوتة، من كتاب الطلاق. سنن أبى داود =

وإن ظَهَرَتْ منه أَمَارَةُ[1] الرِّضَا مِن غيرِ تَصْرِيحٍ به ، فقال القاضى : لا تَحْرُمُ المُساوَمَةُ ؛ لخبَرِ فاطِمَةَ . ويَحْتَمِلُ أنْ تَحْرُمَ ؛ لعُمومِ النَّهْيِ ، وليس فى خَبَرِ فاطِمَةَ أمارَةٌ على الرِّضا .

فصل : فأمّا بَيْعُ العِينَةِ ، فهو أن يَبِيعَ سِلْعَةً بثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ ، ثم يَشْتَرِيَها منه بأقَلَّ مِن الثَّمَنِ حَالًّا ، فلا يجوزُ ؛ لِما روَى سعيدٌ[2] ، عن غُنْدَرٍ ، عن شُعْبَةَ ، عن أبى إسْحاقَ ، عن امْرَأتِه العَالِيَةِ بنتِ أيْفَعَ بنِ شُرَحْبِيلٍ ، قالَتْ : دخَلْتُ على عائشةَ أنا وأُمُّ وَلَدِ زَيْدِ بنِ أرْقَمَ ، فقالَتْ أُمُّ وَلَدِ زيدٍ : إنِّى بِعْتُ غُلَامًا لى[3] مِن زيدِ بنِ أرْقَمَ بثَمانِمائةِ دِرْهَمٍ إلى العَطاءِ ، ثم اشْتَرَيْتُه منه بسِتِّمائةِ دِرْهَمٍ . فقالت لها : بِئْسَ ما شَرَيْتِ وبِئْسَ ما اشْتَرَيْتِ ، أبْلِغِى زَيْدَ بنَ أرْقَمَ أنَّه قد أبْطَلَ جِهادَه مع رسولِ اللَّهِ ﷺ إلَّا أن يَتُوبَ . ولا تقولُ مثلَ هذا إلَّا تَوْقِيفًا ، سمِعَتْه مِن النبىِّ ﷺ . ولأنَّ ذلك ذَرِيعَةٌ إلى الرِّبَا ؛ لأنَّه أدْخَلَ السِّلْعَةَ ليَسْتَبِيحَ بَيْعَ ألْفٍ بخَمْسِمائةٍ ، والذَّرائِعُ مُعْتَبرَةٌ .

= ١/ ٥٣٢. والترمذى ، فى : باب ما جاء أن لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥/ ٧٢، ٧٣. والنسائى ، فى : باب تزوج المولى العربية ، وباب خطبة الرجل إذا ترك الخاطب أو أذن له ، وباب إذا استشارت المرأة رجلا فى من يخطبها ...، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/ ٥٢، ٦١، ٦٢. والدارمى ، فى : باب النهى عن خطبة الرجل على خطبة أخيه ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٣٥، ١٣٦. والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى نفقة المطلقة ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٢/ ٥٨١. والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ٣٧٣، ٤١١ - ٤١٣، ٤١٦، ٤١٧.

(١) فى م : « أمارات » .

(٢) وأخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى ٥/ ٣٣٠، ٣٣١.

(٣) سقط من : م .

فإنِ اشْتَراها بسِلْعَةٍ، جاز؛ لأنَّه لا رِبًا بينَ الأَثْمانِ والعُرُوضِ. وإنِ اشْتَرَاها بنَقْدٍ غيرِ الذى باعَها به، فقال أصْحابُنا: يجوزُ[1]؛ لأنَّ التَّفاضُلَ بينَهما جائزٌ. ويَحْتَمِلُ التَّحْرِيمَ؛ لأنَّ النَّساءَ بينَهما مُحَرَّمٌ. وإنِ اشْتَراها مِن غيرِ المُشْتَرِى، أو اشْتَراها أبو البائعِ أو ابنُه، جاز.

وإن نَقَصَتِ السِّلْعَةُ لتَغَيُّرِ[2] صِفَتِها، جاز لبائعِها شِراؤُها بأَقَلَّ مِن الثَّمنِ؛ لأنَّ نَقْصَ الثَّمنِ لنُقْصانِ السِّلْعَةِ. وإن نَقَصَت لتَغَيُّرِ السُّوقِ أو زادَتْ، لم يَجُزْ شِراؤُها بأقلَّ؛ لِما ذَكَرْناه.

فصل: فإن باعَها بثَمَنٍ حالٍّ نَقَدَه، ثم اشْتَراها بأَكْثَرَ منه نَسِيئَةً، لم يَجُزْ. نَصَّ عليه؛ لأنَّه فى مَعْنَى التى قبلَها سَواءً. [١٣٩ظ]

فصل: وإن باع طَعامًا إلى أجَلٍ بثَمَنٍ، فلَمّا حَلَّ الأجَلُ، أخَذَ منه بالثَّمَنِ طَعامًا، لم يَجُزْ؛ لأنَّه ذَرِيعَةٌ إلى بَيْعِ طَعامٍ بطَعامٍ نَسِيئَةً، فهو فى مَعْنَى ما تَقَدَّمَ.

و[3]كلُّ شَيْئَيْن حَرُم النَّساءُ فيهما، لم يَجُزْ أَخْذُ أحدِهما عن الآخَرِ قبلَ قَبْضِ ثَمَنِه. وقِياسُ قولِ أصْحابِنا فى مَسْأَلَةِ العِينَةِ أنَّه يجوزُ هَـٰهُنا أَخْذُ ما يجوزُ التَّفاضُلُ بينَه وبينَ الطَّعامِ المبيعِ.

فصل: مَن اشْتَرَى مَكِيلًا أو مَوْزُونًا، لم يَجُزْ له بَيْعُه حتى يَقْبِضَه، فى

---

(١) فى س ٢: «لا يجوز».

(٢) سقط من: م.

(٣) فى ف: «فعلى هذا».

ظاهرِ كلامِ أحمدَ، رَحِمَه اللَّهُ، والخِرَقِيِّ. وما عَداهما يجوزُ بَيْعُه قبلَ القَبْضِ؛ لقولِ النبيِّ ﷺ: «مَنِ ابْتَاعَ طَعامًا، فَلَا يَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ». وقال ابنُ عُمَرَ: رَأَيْتُ الذين يَشْتَرُونَ الطَّعامَ مُجازَفَةً يُضْرَبُونَ على عَهْدِ رسولِ اللَّهِ ﷺ أن يَبِيعُوه حتى يُؤْوه إلى رِحَالِهِم. مُتَّفَقٌ عليهما[1]. وهذا لا يَخْلُو مِن كونِه مَكِيلًا أو مَوْزُونًا، والحديثُ يدُلُّ بصَريحِه على مَنْعِ بَيْعِه قبلَ قَبْضِه، وبمَفْهُومِه على حِلِّ بَيْعِ ما عَدَاه. وعن أحمدَ، رَحِمَه اللَّهُ، أنَّ المَنْعَ مِن البَيْعِ قبلَ القَبْضِ يَخْتَصُّ المَطْعُومَ؛ لاخْتِصاصِ الحديثِ به، وما ليس بمَطْعُومٍ مِن المَكِيلاتِ والمَوْزُوناتِ، يجوزُ بَيْعُه قبلَ القَبْضِ. وعنه، أنَّ المَنْعَ يَخْتَصُّ ما ليس بمُتَعَيِّنٍ؛ كقَفِيزٍ مِن صُبْرَةٍ، ورَطْلِ زَيْتٍ مِن دَنٍّ.

وما بِيعَ صُبْرَةً أو جِزَافًا، جاز بَيْعُه قبلَ قَبْضِه. وهو قولُ القاضِي وأصْحابِه؛ لأنَّه يتعَلَّقُ به حقُّ تَوْفِيَةٍ[2]، بخِلافِ غيرِه. وعنه، أنَّ كلَّ مَبِيعٍ

---

(١) الأول أخرجه البخارى، فى: باب الكيل على البائع والمعطى، وباب ما يذكر فى بيع الطعام والحكرة، وباب بيع الطعام قبل أن يقبض وبيع ما ليس عندك، من كتاب البيوع. صحيح البخارى ٣/ ٨٨ - ٩٠. ومسلم، فى: باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، من كتاب البيوع. صحيح مسلم ٣/ ١١٦١.

كما أخرجه أبو داود، فى: باب فى بيع الطعام قبل أن يستوفى، من كتاب الإجارة. سنن أبى داود ٢/ ٢٥١. والنسائى، فى: باب بيع الطعام قبل أن يستوفى، من كتاب البيوع. المجتبى ٧/ ٢٥١. وابن ماجه، فى: باب النهى عن بيع الطعام قبل ما لم يقبض، من كتاب التجارات. سنن ابن ماجه ٢/ ٧٤٩. والدارمى، فى: باب النهى عن بيع الطعام قبل القبض، من كتاب البيوع. سنن الدارمى ٢/ ٢٥٣. والإمام مالك، فى: باب العينة، وما يشبهها، من كتاب البيوع. الموطأ ٢/ ٦٤٠. والإمام أحمد، فى: المسند ١/ ٥٦، ٢/ ٢٢، ٥٩، ٦٣، ٧٣، ١٠٨، ١١١. كلهم من حديث ابن عمر.

والثانى تقدم تخريجه فى صفحة ٢٥.

(٢) فى م: «توفيته».

لا يجوزُ بَيْعُه قبلَ قَبْضِه ؛ لِمَا رُوِىَ عن النبيِّ ﷺ أنَّه نَهى أن تُبَاعَ السِّلَعُ (١ حيث تُبْتاعُ ١) حتى يَحُوزَها التُّجّارُ . روَاه أبو داودَ (٢) . وقال ابنُ عَباسٍ : أحْسَبُ كلَّ شيءٍ بمَنْزِلَةِ الطَّعامِ (٣) . ولأنَّه لم يَتِمَّ مِلْكُه عليه ، أشْبَهَ المَكِيلَ . والمَذْهَبُ الأوَّلُ .

وما بِيعَ بصِفَةٍ أو برُؤْيَةٍ مُتَقَدِّمَةٍ ، فهو كالمَكِيلِ ؛ لأنَّه (٤) يتعَلَّقُ به حَقُّ تَوْفِيَةٍ ، فأشْبَهَ المَكِيلَ والمَوْزُونَ .

وما حَرُم بَيْعُه قبلَ قَبْضِه ، لم يَجُزْ بَيْعُه لبائِعِه ؛ لعُمومِ النَّهْيِ ، ولا الشَّرِكَةُ فيه ؛ لأنَّه بَيْعٌ لبَعْضِه ، ولا التَّوْلِيَةُ ؛ لأنَّه بَيْعٌ بمِثْلِ الثَّمَنِ الأوَّلِ . فأمّا الثَّمَنُ فى الذِّمَّةِ ، فيجوزُ بَيْعُه لمَن هو فى ذِمَّتِه ؛ لِما رَوَى ابنُ عُمَرَ قال : كنَّا

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) فى : باب فى بيع الطعام قبل أن يستوفى ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢/ ٢٥٣.
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٥/ ١٩١.

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب بيع الطعام قبل أن يقبض وبيع ما ليس عندك ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٣/ ٨٩، ٩٠. ومسلم ، فى : باب بطلان بيع المبيع قبل القبض ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/ ١١٥٩، ١١٦٠. وأبو داود ، فى : باب فى بيع الطعام قبل أن يستوفى ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢/ ٢٥٢. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية بيع الطعام حتى يستوفيه ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٢٩١. والنسائى ، فى : باب بيع الطعام قبل أن يستوفى ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٥١. وابن ماجه ، فى : باب النهى عن بيع الطعام قبل أن يقبض ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٤٩. والإمام أحمد ، فى : المسند ١/ ٢٢١، ٢٧٠، ٣٥٦، ٣٦٨، ٣٦٩.

(٤) بعده فى م : « لا ».

نَبِيعُ الإِبِلَ بالبَقِيعِ[1] بالدَّراهِمِ، فنَأْخُذُ بَدَلَ الدَّراهِمِ الدَّنانِيرَ، ونَبِيعُها[2] بالدَّنانيرِ، فنَأْخُذُ بَدَلَها الدَّراهِمَ، فسأَلْنَا النبيَّ ﷺ عن ذلك، فقال: «لَا بَأْسَ إِذَا تَفَرَّقْتُما[3] وَلَيْسَ بَيْنَكُمَا شَيْءٌ». رَواه أبو داودَ[4]. ولا يجوزُ بَيْعُه لغيرِ مَن هو فى ذِمَّتِه؛ لأنَّه مَعْجُوزٌ عن تَسْلِيمِه، فأَشْبَهَ بَيْعَ المَغْصُوبِ لغيرِ غاصِبِه.

وما كان مِن الدَّيْنِ مُسْتَقِرًّا، كالقَرْضِ، فهو كالثَّمَنِ، وما كان غيرَ مُسْتَقِرٍّ، كالمُسْلَمِ فيه، لم يَجُزْ بَيْعُه بحالٍ، لا لصاحِبِه ولا لغيرِه؛ لقولِه عليه السلامُ: «مَنْ أَسْلَمَ فِى شَىْءٍ، فَلَا يَصْرِفْهُ إِلَى غَيْرِهِ». رَواه أبو

---

(١) فى ف: «بالنقيع».

وقال الحافظ: البقيع المذكور بالباء الموحدة كما وقع عند البيهقى: فى بقيع الغرقد. قال النووى: ولم تكن كثرت إذ ذاك فيه القبور. وقال ابن باطيش: لم أر من ضبطه، والظاهر أنه بالنون. التلخيص الحبير ٣/ ٢٦.

(٢) فى م: «نبيع».

(٣) فى م: «افترقتما».

(٤) فى: باب فى اقتضاء الذهب من الورق، من كتاب البيوع. سنن أبى داود ٢/ ٢٢٤.

كما أخرجه الترمذى، فى: باب ما جاء فى الصرف، من أبواب البيوع. عارضة الأحوذى ٥/ ٢٥١. والنسائى، فى: باب بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة، وباب أخذ الورق من الذهب، من كتاب البيوع. المجتبى ٧/ ٢٤٨، ٢٤٩. وابن ماجه، فى: باب اقتضاء الذهب من الورق والورق من الذهب، من كتاب التجارات. سنن ابن ماجه ٢/ ٧٦٠. والدارمى، فى: باب الرخصة فى اقتضاء الورق من الذهب، من كتاب البيوع. سنن الدارمى ٢/ ٢٥٩. والإمام أحمد، فى: المسند ٢/ ٣٣، ٨٣، ٨٤، ١٣٩. وهو ضعيف مرفوعا. انظر: التلخيص الحبير ٣/ ٢٥، ٢٦. والإرواء ٥/١٧٣ - ١٧٥.

داودَ[1].

فصل: وكلُّ عَقْدٍ يَنْفَسِخُ بتَلَفِ عِوَضِه قبلَ قَبْضِه؛ كالإجارَةِ، والصُّلْحِ، حُكْمُه حكمُ البَيْعِ فيما ذكَرْناه، وما لا يَنْفَسِخُ؛ كالخُلْعِ، والعِتْقِ على مالٍ، والصُّلْحِ عن دَمِ العَمْدِ، جاز التَّصَرُّفُ فى عِوَضِه قبلَ قَبْضِه، طعامًا كان أو غيرَه، وكذلك أرْشُ الجِنَايَةِ، وقِيمَةُ المُتْلَفِ، والمَمْلُوكُ بإرْثٍ أو وَصِيَّةٍ أو غنيمةٍ، إذا تَعَيَّنَ مِلْكُه فيه؛ لأنَّه لا يُتَوَهَّمُ غَرَرُ الفَسْخِ بهَلاكِ المَعْقُودِ عليه، فجاز بَيْعُه، كالوَدِيعَةِ.

والصَّداقُ كذلك. قالَه القاضى؛ لأنَّه لا يَنْفَسِخُ العَقْدُ بتَلَفِه، فهو كعِوَضِ الخُلْعِ. وقال الشَّرِيفُ، وأبو الخَطّابِ: هو كالمبيعِ؛ لأنَّه يُخْشَى رُجُوعُه بانْفِساخِ النِّكاحِ بالرِّدَّةِ، فأشْبَهَ المبيعَ.

فصل: وقَبْضُ كلِّ شيءٍ بحَسَبِه، المَكِيلُ المَبِيعُ مُكايَلَةً قَبْضُه كَيْلُه؛ لِما روَى أبو هُرَيْرَةَ أنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ قال: «مَنِ اشْتَرَى طَعَامًا فَلَا يَبِعْهُ حَتَّى يَكْتَالَهُ». رَواه مسلمٌ[2]. وإن بِيعَ جِزَافًا، فقَبْضُه نَقْلُه؛ لِما روَى ابنُ عُمَرَ قال: كنّا نَشْتَرِى الطَّعامَ [١٤٠و] مِن الرُّكْبانِ جِزَافًا، فنَهانا رسولُ اللَّهِ ﷺ

---

(١) فى: باب السلف لا يحول، من كتاب الإجارة. سنن أبى داود ٢/ ٢٤٧.
كما أخرجه ابن ماجه، فى: باب من أسلم فى شيء فلا يصرفه إلى غيره، من كتاب التجارات. سنن ابن ماجه ٢/ ٧٦٦. والبيهقى، فى: السنن الكبرى ٦/ ٣٠. وقال: عطية العوفى لا يحتج به. وانظر: التلخيص الحبير ٣/ ٢٥.

(٢) فى: باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، من كتاب البيوع. صحيح مسلم ٣/ ١١٦٢.

أن نَبيعَه حتى نَنْقُلَه مِن مَكانِه. رَواه مسلمٌ[1]. وقَبْضُ الذَّهَبِ والفِضَّةِ والجَواهِرِ باليَدِ، وسائرُ ما يُنْقَلُ قَبْضُه نَقْلُه. وقَبْضُ الحَيَوانِ أخْذُه بزِمَامِه، أو تَمْشِيَتُه[2] مِن مَكانِه. وما لا يُنْقَلُ قَبْضُه التَّخْلِيَةُ بيـنَ مُشْتَرِيه وبينَه، لا حائلَ دُونَه؛ لأنَّ القَبْضَ مُطْلَقٌ فى الشَّرْعِ، فيَجِبُ الرُّجُوعُ فيه إلى العُرْفِ، كالإِحْيَاءِ والإِحْرَازِ، والعادَةُ ما ذَكَرْناه. وعنه، أنَّ القَبْضَ فى جميعِ الأشْيَاءِ بالتَّخْلِيَةِ مع التَّمْيِيزِ؛ لأنَّه قَبْضٌ فيما لا يُنْقَلُ، فكان قَبْضًا فى غيرِه.

فصل: وما يُعْتَبَرُ له القَبْضُ إذا تَلِفَ قبلَ قَبْضِه، انْفَسَخَ العَقْدُ، وهو مِن مالِ البائعِ؛ لأنَّه تَلِفَ قبلَ تَمامِ مِلْكِ المُشْتَرِى عليه، فأشْبَهَ ما تَلِفَ قبلَ تَمامِ البَيْعِ. وإن أتْلَفَه المُشْتَرِى، اسْتَقَرَّ عليه الثَّمَنُ؛ لأنَّه تَلِفَ بتَصَرُّفِه، فاسْتَقَرَّ الثَّمَنُ عليه، كما لو قَبَضَه. وإن أتْلَفَه أجْنَبِىٌّ، لم يَنْفَسِخِ العَقْدُ؛ لأنَّ له بَدَلًا يَرْجِعُ إليه، فلم يَنْفَسِخِ العَقْدُ، كما لو تَعَيَّبَ. ويُخَيَّرُ المُشْتَرِى بيـنَ الفَسْخِ والرُّجُوعِ على البائعِ بالثَّمَنِ؛ لأنَّه تَلِفَ بغيرِ فِعْلِ المُشْتَرِى، أشْبَهَ ما لو تَلِفَ بفِعْلِ اللَّهِ تعالى، وبيـنَ إتْمامِ العَقْدِ والرُّجُوعِ ببَدَلِه؛ لأنَّ المِلْكَ له.

فإن أتْلَفَه البائعُ، احْتَمَلَ أن يَبْطُلَ العَقْدُ؛ لأنَّه يَضْمَنُه إذا تَلِفَ فى يَدِه بالثَّمَنِ، فكذلك إذا أتْلَفَه. وقال أصْحابُنا: الحُكْمُ فيه حُكْمُ ما لو أتْلَفَه أجْنَبِىٌّ. وإن تعَيَّبَ قبلَ قَبْضِه، فهو كما لو تَعَيَّبَ قبلَ بَيْعِه؛ لأنَّه مِن

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٥.

(٢) فى الأصل، س ١: «بمشيه»، وفى ف: «بمشيته».

ضَمانِ البائعِ .

فصل : إذا باع شاةً بشَعِيرٍ ، فأكَلَتْه قبلَ قَبْضِه ، ولم تكنْ [(1)] يَدُ بائِعِها عليها [(1)] ، انْفَسَخَ البَيْعُ ؛ لأنَّ الثَّمَنَ هَلَكَ قبلَ القَبْضِ بغيرِ فِعْلِ آدَمِيٍّ . فإن كانَتْ يدُه عليها ، فهو كإتْلَافِه له ، وإن باعَها مُشْتَرِيها ثم هَلَكَ الشَّعِيرُ قبلَ قَبْضِه ، انْفَسَخَ العَقْدُ الأوَّلُ ، ولم يَبْطُلِ الثانِى ؛ لأنَّ ذلك كان قبلَ فَسْخِ العَقْدِ ، وعلى بائِعِها الثانى قِيمَتُها ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ عليه رَدُّها . وهكذا إن كان بَدَلُه شِقْصًا فأخَذَه الشَّفِيعُ ، انْفَسَخَ البَيْعُ الأوَّلُ ، وعلى المُشْتَرِى رَدُّ [(2)] قِيمَةِ الشِّقْصِ ، ويَأْخُذُ مِن الشَّفِيعِ قِيمَةَ الطَّعامِ ؛ لأنَّه الذى اشْتَرَى به الشِّقْصَ .

فصل : وما لا يَحْتاجُ إلى قَبْضٍ ، إذا تَلِفَ ، فهو مِن مالِ المُشْتَرِى ؛ لِمَا رَوَى حَمْزَةُ بنُ عبدِ اللهِ [(3)] ، عن أبِيه ، قال : مَضَتِ السُّنَّةُ أنَّ ما أدْرَكَتْه الصَّفْقَةُ حَيًّا مَجْمُوعًا ، فهو مِن مالِ المُشْتَرِى . ذَكَرَه البُخارِيُّ [(4)] . وهذا يَنْصَرِفُ إلى سُنَّةِ النبيِّ ﷺ . إلَّا أن يَمْنَعَه البائعُ قَبْضَه فيَضْمَنَه [(5)] ؛ لأنَّه تَلِفَ تحتَ يَدٍ عادِيَةٍ ، أشْبَهَ ما [(6)] تَلِفَ تحتَ يَدِ الغاصِبِ ، وسَواءٌ حَبَسَه على قَبْضِ الثَّمَنِ أو غيرِه ، إلَّا أن يكونَ قد اشْتَرَطَ عليه الرَّهْنَ فى البَيْعِ .

(١ - ١) فى م : « فى يد بائعها » .

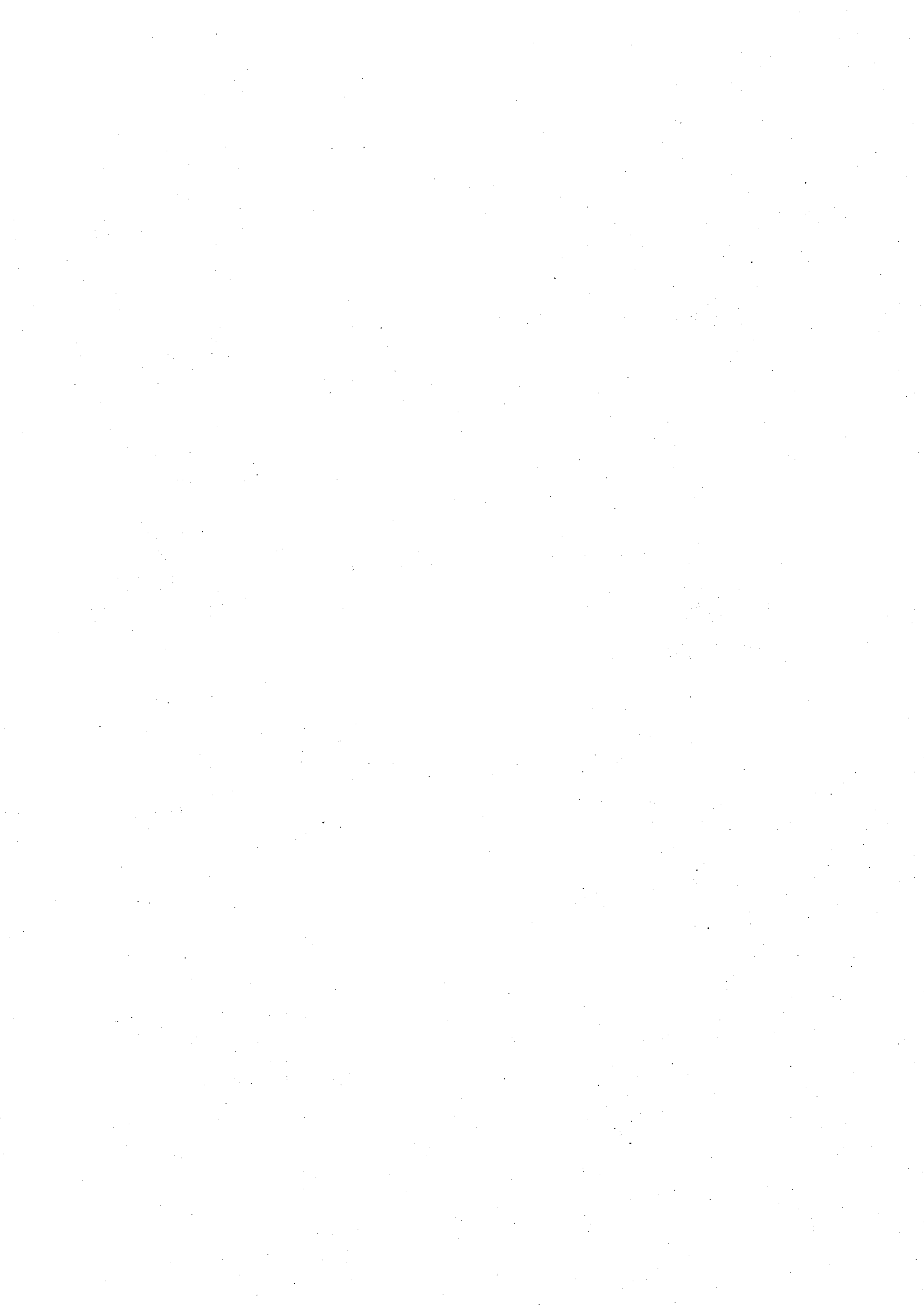
(٢) سقط من : م .

(٣) بعده فى م : « عن ابن عمر » .

(٤) تعليقا فى : باب إذا اشترى متاعا أو دابة فوضعه عند البائع ....، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٣/ ٩٠. ووصله الدارقطنى ، فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٣/ ٥٤.

(٥) سقط من : م .

(٦) بعده فى م : « لو » .



بَابُ تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ

إذا باع ما يجوزُ بَيْعُه وما لا يجوزُ[1] صَفْقَةً واحِدَةً ؛ كعَبْدٍ وحُرٍّ، وخَلٍّ وخَمْرٍ، وعَبْدِه وعَبْدِ غيرِه، أو دارٍ له ولغيرِه، ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهُما، تُفَرَّقُ الصَّفْقَةُ، فتَجُوزُ فيما يجوزُ بَيْعُه بقِسْطِه مِن الثَّمَنِ، وتَبْطُلُ فيما لا يجوزُ ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما له حُكْمٌ مُنْفَرِدٌ، فإذا اجْتَمَعا، بَقِيا على[2] حُكْمِهما، كما لو باع شِقْصًا وسَيْفًا. والثانِيَةُ، يَبْطُلُ فيهما ؛ لأنَّه عَقْدٌ واحِدٌ، جَمَع حَلالًا وحَرامًا، فبَطَلَ، كالجَمْعِ[3] بينَ الأُخْتَيْنِ. ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ فيما يجوزُ فيما يَنْقَسِمُ الثَّمَنُ فيه على الأَجْزاءِ، كدارٍ له ولغيرِه، ونحوِها، والقَفِيزَيْنِ المُتَساوِيَيْنِ ؛ [١٤٠ظ] لأنَّ الثَّمَنَ فيما يجوزُ بَيْعُه معْلُومٌ، ويَبْطُلُ العَقْدُ فيما عدَا هذا، كالعَبْدَيْنِ ؛ لأنَّ ثَمَنَ ما يجوزُ بَيْعُه مَجْهُولٌ، لكَوْنِ[4] الثَّمَنِ يَنْقَسِمُ عليهما بالقِيمَةِ، وقِسْطُ الحَلالِ منهما[5] مَجْهُولٌ، لو صَرَّحَ به، فقال : بِعْتُكَ هذا العَبْدَ بقِسْطِه مِن الثَّمَنِ. لم يَصِحَّ، فكذَا هـٰهُنا. فإن قُلْنا : يَصِحُّ. وعَلِم المُشْتَرِى الحالَ، فلا خِيارَ له ؛

---

(١) بعده فى م : « بيعه ».

(٢) فى م : « فى ».

(٣) فى ف : « كما لو جمع ».

(٤) فى م : « ككون ».

(٥) فى م : « فيهما ».

لأنَّه دَخَل على بَصِيرَةٍ ، ولا خِيَارَ للبائعِ بحالٍ ، وإن لم يَعْلَمِ المُشْتَرِى الحالَ ، فله الخِيارُ ؛ لأنَّ عليه ضَرَرًا فى تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ .

وإنِ اشْتَرَى مَعْلُومًا ومَجْهُولًا ، بَطَل العَقْدُ فيهما ؛ لأنَّ ما يَخُصُّ المَعْلُومَ مِن الثَّمَنِ مَجْهُولٌ . ولو باع قَفِيزَيْن مِن الحَلالِ بثَمَنٍ واحِدٍ ، فتَلِفَ أحَدُهما قبلَ قَبْضِه ، لم يَنْفَسِخِ العَقْدُ فى الباقى منهما ، سَواءٌ كانا مِن جِنْسٍ واحدٍ أو مِن[1] جِنْسَيْنِ ؛ لأنَّ حُدُوثَ الجَهْلِ بثَمَنِ الباقِى منهما لا يُوجِبُ جَهالَةَ المَبِيعِ حالَ العَقْدِ . قال القاضى : ويَثْبُتُ للمُشْتَرِى خِيَارُ الفَسْخِ ؛ لتَفَرُّقِ[2] الصَّفْقَةِ عليه ، فأَشْبَهَ ما قبلَها .

فصل : فإن جَمَع بينَ عَقْدَيْن مُخْتَلِفَي الحُكْمِ ، كبَيْعٍ وإجارَةٍ أو صَرْفٍ ، بعِوَضٍ واحدٍ ، صَحَّ فيهما ؛ لأنَّ اخْتِلافَ حُكْمِ العَقْدَيْنِ لا يَمْنَعُ الصِّحَّةَ ، كما لو جمَعَ بينَ ما فيه شُفْعَةٌ وما لا شُفْعَةَ فيه . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ حُكْمَهما مُخْتَلِفٌ ، وليس أحَدُهما أَوْلَى مِن الآخَرِ ، فبَطَلَ فيهما ، فإنَّ البيعَ فيه خِيارٌ ، ولا يُشْتَرَطُ التَّقابُضُ فيه فى المَجْلِسِ ، ولا يَنْفَسِخُ العَقْدُ بتَلَفِ المَبِيعِ ، والصَّرْفُ يُشْتَرطُ[3] له التَّقَابُضُ ، ويَنْفَسِخُ العَقْدُ بتَلَفِ العَيْنِ فى الإجَارَةِ .

وإن جَمَع بينَ نِكاحٍ وبَيْعٍ بعِوَضٍ واحدٍ ، فقال : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى

---

(١) زيادة من : الأصل .

(٢) فى م : « لتفريق » .

(٣) فى م : « ويشترط » .

وبِعْتُكَ دارِى بمائةٍ[1]. صَحَّ فى النِّكاحِ؛ لأنَّه لا يَفْسُدُ بفَسادِ العِوَضِ، وفى البَيْعِ وَجْهَانِ.

وإن جَمَع بينَ بَيْعٍ وكِتابَةٍ، فقال لعَبْدِه[2]: بِعْتُكَ عَبْدِى هذا وكاتَبْتُك بمِائةٍ. بَطَل البَيْعُ، وَجْهًا واحِدًا؛ لأنَّه باع عبدَه لعبدِه، فلم يَصِحَّ، كبَيْعِه إيّاه مِن غيرِ كِتابَةٍ. وهل تَبْطُلُ الكِتابَةُ؟ تُخَرَّجُ على الرِّوايَتَيْن فى تَفْريقِ الصَّفْقَةِ.

فصل: ولو باع (3) رَجُلانِ عَبْدًا (3) لهما بثَمَنٍ واحِدٍ، (3) صَحَّ؛ لأنَّ حِصَّةَ كُلِّ واحِدٍ منهما مِن الثَّمَنِ معْلُومَةٌ. ولو كان لكلِّ واحِدٍ منهما قَفِيزٌ، و[4] كانا مِن جِنْسٍ واحِدٍ (3)، فباعاهما[5] صَفْقَةً واحدَةً، صَحَّ؛ لذلك.

وإن كان المَبِيعُ ممّا لا يَنْقَسِمُ الثَّمَنُ عليه، مثلَ أن كان لكلِّ واحِدٍ منهما عَبْدٌ، فباعاهما[6] صَفْقَةً واحدَةً، أو وَكَّلا[7] رَجُلًا فباعهما، أو وَكَّلَ أحدُهما الآخَرَ فبَاعهما بثَمَنٍ واحِدٍ، (8) لم يَصِحَّ (8)؛ لأنَّ كُلَّ واحِدٍ

---

(1) فى م: «بألف».

(2) سقط من: الأصل.

(3 - 3) سقط من: الأصل.

(4) فى م: «أو».

(5) فى الأصل، م: «فباعهما».

(6) فى م: «فباعهما».

(7) فى م: «وكل».

(8 - 8) فى ف: «صح».

منهما مَبِيعٌ بحِصَّتِه مِن الثَّمَنِ، (١) فلم يَصِحَّ (١)، كما لو (٢) صَرَّحَ به (٢). ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ (٣)؛ بِناءً على تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ، أو (٤) كما لو كاتَبَ عَبْدَيْن كِتابَةً واحدَةً بعِوَضٍ واحدٍ.

(١ - ١) في ف: «فصح».

(٢ - ٢) في م: «ضربه».

(٣) في ف: «لايصح».

(٤) في الأصل: «و».

بَابُ الثُّنْيَا

إذا باع حائطًا واسْتَثْنَى شَجَرَةً بعَيِنها ، أو قَطِيعًا واسْتَثْنَى شَاةً بعَيْنِها ، صَحَّ ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ نَهَى عن الثُّنْيا[1] إلَّا أن تُعْلَمَ . قال التِّرْمِذِيُّ[2] : هذا حَدِيثٌ صحيحٌ . وهذه مَعْلُومَةٌ . وإنِ اسْتَثْنَى شجَرَةً أو شاةً مُطْلَقَةً[3] ، لم يَصِحَّ ؛ للخَبَرِ . وإنِ اسْتَثْنَى آصُعًا مَعْلُومَةً ، أو باعَ نَخْلَةً واسْتَثْنَى أرْطالًا معْلُومَةً ، فعنه ، أنَّه يَصِحُّ ؛ للخَبَرِ . والمَذْهَبُ أنَّه لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ المَبِيعَ إنَّما عُلِم بالمُشاهَدَةِ ، والاسْتِثْناءُ يُغَيِّرُ حُكْمَ المُشاهَدَةِ ، فإنَّه لا يَدْرِى كم يَبْقَى فى حُكْمِ المُشاهَدَةِ .

ولو باعَه الصُّبْرَةَ إلَّا قَفِيزًا ، لم يَصِحَّ ؛ لذلك . ولو باعَه قَفِيزًا مِن هذه الصُّبْرَةِ إلَّا مَكُّوكًا[4] ، صحَّ ؛ لأنَّ القَفِيزَ مَعْلُومٌ ، والمَكُّوكُ منه مَعْلُومٌ .

---

(١) الثنيا ، بضم المثلثة : كل ما استثنيته .

(٢) فى : باب ما جاء فى النهى عن الثنيا ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٢٩٠.
كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى المخابرة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/ ٢٣٥.
والنسائى ، فى : باب النهى عن بيع الثنيا حتى تعلم ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٦٠.
وبدون زيادة : إلا أن تعلم . أخرجه مسلم ، فى : باب النهى عن المحاقلة والمزابنة ...، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/ ١١٧٥. والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٣١٣، ٣٥٦، ٣٦٤.

(٣) فى الأصل، س ١، س ٢، ب ، م : « يختارها » .

(٤) المكوك : مكيال قديم ، قيل : يسع صاعا ونصفا .

وإن باعَه دارًا إلَّا ذِراعًا ، وهما يَعْلَمان ذُرْعانَها[1] ، جازَ ، وكان مُشاعًا منها ، وإلَّا لم يَجُزْ ، كما لو باعَه ذِراعًا منها .

ولو باعَه سِمْسِمًا إلَّا كُسْبَه ، أو قُطْنًا إلَّا حَبَّه ، أو شاةً إلَّا شَحْمَها ، أو فَخِذَها ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه [١٤١و] مَجْهُولٌ ، فيَدْخُلُ في الخَبَرِ . وإنِ اسْتَثْنَى حَمْلَها ، فعنه ، أنَّه[2] يَصِحُّ ؛ لأنَّ ابنَ عُمَرَ أعْتَقَ جارِيَةً واسْتَثْنَى ما في بَطْنِها[3] . وعنه ، لا يَصِحُّ . وهو أصَحُّ ؛ للخَبَرِ .

فإن باع جارِيَةً حامِلًا بِحُرٍّ ، وقُلْنا : يَصِحُّ اسْتِثْناءُ الحَمْلِ . صَحَّ هلهُنا . وإن قُلْنا : لا يَصِحُّ ثَمَّ . ففيه وَجْهان ؛ أحَدُهما ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه اسْتِثْناءٌ[4] في الحَقِيقَةِ . والثاني ، يَصِحُّ ؛ لأنَّه قد يَقَعُ مُسْتَثْنًى بالشَّرْعِ ما لا يَصِحُّ اسْتِثْناؤُه بالشَّرْطِ ، بدَليلِ بَيْعِ الأمَةِ المُزَوَّجَةِ .

وإن باعَ حَيوانًا مأْكُولًا واسْتَثْنَى رَأْسَه وجِلْدَه وسَواقِطَه ، صَحَّ . نَصَّ عليه ؛ [5]لأنَّه ثُنْيا[5] مَعْلُومَةٌ ، وقد رُوِىَ أنَّ النبيَّ ﷺ حينَ هاجَرَ إلى المدينَةِ ، مَرَّ بِراعٍ ، فذَهَبَ أبو بَكْرٍ وعامِرُ بنُ فُهَيْرَةَ ، فاشْتَرَيا منه[6] شاةً ، وشَرَطا له سَلَبَها[7] . فإنِ امْتنعَ المُشْتَرِى مِن ذَبْحِها ، لم يُجْبَرْ ، وعليه قِيمَةُ

---

(١) في م : « ذرعهما لها » .

(٢) سقط من : م .

(٣) أخرجه ابن حزم في : المحلى ٩/ ٣٨٢.

(٤) في س ١ ، س ٢ ، ب : « استثناه » ، وفي م : « استثناؤه » .

(٥ - ٥) في م : « أنها أشياء » .

(٦) سقط من : م .

(٧) أخرجه أبو داود ، في : المراسيل ١٣٣.

ذلك ؛ لِما رُوِىَ عن علىٍّ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، أنَّه قَضَى فى رجلٍ اشْتَرَى ناقَةً وشَرَط ثُنْياها ، فقالَ : اذْهَبُوا معه إلى السُّوقِ ، فإذا بلغَتْ أقْصَى ثَمَنِها ، فأعْطُوه حِسابَ ثُنْيَاها مِن ثَمَنِها . وعن الشَّعْبِىِّ[1] قال : قَضَى زَيْدُ بنُ ثابتٍ وأصْحابُ رسولِ اللَّهِ ﷺ فى بَقَرةٍ باعَها رَجُلٌ ، واشْتَرطَ رَأْسَها بالشَّرْوَى . يَعْنِى أن يُعْطِيَه رَأْسًا مثلَ رَأْسٍ .

فصل : ومَن باع شيئًا واسْتَثْنَى مَنْفَعَتَه مُدَّةً معْلُومَةً ، كجَمَلٍ اشْتَرطَ رُكُوبَه إلى مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ ، ودارٍ اسْتَثْنَى سُكْناهَا شَهْرًا ، وعبدٍ اسْتَثْنَى خِدْمَتَه سَنَةً ، صَحَّ ؛ لِما روَى جابِرٌ أنَّه باع النبىَّ ﷺ جَمَلًا واشْتَرطَ ظَهْرَه إلى المدِينَةِ . مُتَّفَقٌ عليه[2] . ولأنَّها ثُنْيَا مَعْلُومَةٌ ، فتَدْخُلُ فى خَبَرِ أبى هُرَيْرَةَ[3] . فإن عَرَض المُشْتَرِى على البائعِ عِوَضَها ، لم يَلْزَمْه قَبُولُه ؛ لأنَّ حَقَّه تَعَلَّقَ بعَيْنِها ، فأشْبَهَ ما لو اسْتَأْجرَها . وإن أراد البائعُ إجارَتَها[4] تلك المُدَّةَ ، فقال ابنُ عَقِيلٍ : يَصِحُّ فى قِيَاسِ المذْهَبِ ؛ لأنَّه اسْتَحَقَّ نفْعَها ، فمَلَكَ إجارَتَها ، كالمُسْتَأْجِرِ .

وإن أتْلَفَ المُشْتَرِى العَيْنَ ، فعليه قِيمَةُ المَنْفَعَةِ ؛ لتَفْوِيتِه حَقَّ غيرِه ، وإنْ تَلِفَ بغيرِ تَفْرِيطٍ ، فكَلامُ أحمدَ يَقْتَضِى ذلك بعُمومِه . ويَحْتَمِلُ أن لا

---

(١) هو عامر بن شراحيل ، أبو عمرو ، الشعبى ، الإمام ، علامة العصر ، مولده فى إمرة عمر بن الخطاب ، كان صاحب آثار ، توفى سنة أربع ومائة . سير أعلام النبلاء ٢٩٤/٤ - ٣١٩.

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٧ .

(٣) هو من حديث جابر ، وتقدم تخريجه فى صفحة ٥٣.

(٤) بعده فى الأصل : « فى » .

يَضْمَنَ ؛ لأنَّ البائعَ لم يَمْلِكِ المَنْفَعَةَ مِن جِهَةِ المُشْتَرِى ، فلم يَلْزَمْه عِوَضُها له ، كما لو تَلِفَتِ النَّخْلَةُ المَبِيعَةُ مُؤَبَّرَةً بثَمَرَتِها ، والحائطُ الذى اسْتَثْنَى منه شجَرَةً ، ويُحْمَلُ كلامُ أحمدَ على مَن فَرَّطَ . وإن باعَ المُشْتَرِى العَيْنَ ، صَحَّ ، وتكونُ المَنْفَعَةُ مُسْتَثْناةً فى يَدِ المُشْتَرِى ، فإن لم يَعْلَمْ به ، فله الخِيارُ ؛ لأنَّه عَيْبٌ ، فهو كالتَّزْوِيجِ فى الأمَةِ .

ومَن باعَ أمَةً واسْتَثْنَى وَطْأَها ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه لا يَحِلُّ[1] إلَّا فى تَزْوِيجٍ أو[2] مِلْكِ يَمِينٍ .

ومَن اسْتَثْنَى مُدَّةً غيرَ مَعْلُومَةٍ ، لم يَصِحَّ ؛ للخَبَرِ .

---

(١) فى الأصل : « يصح » .

(٢) بعده فى م : « فى » .

بَابُ الشُّروطِ فى البَيْعِ

وهى على أرْبَعَةِ أضْرُبٍ ؛ أحَدُها ، ما هو مِن[1] مُقْتَضَى البَيْعِ ، كالتَّسْلِيمِ والرَّدِّ بالعَيْبِ ، فهذا لا أثَرَ له ؛ لأنَّه بَيانٌ وتأْكِيدٌ لمُقْتَضَى العَقْدِ .

الثانى ، ما هو مِن مَصْلَحَتِه ؛ كالخِيارِ ، والأجَلِ ، والرَّهْنِ ، والضَّمِينِ ، فهذا شَرْطٌ صحيحٌ لازِمٌ ، ورَدَ الشَّرْعُ به ، نَذْكُرُه فى مواضِعِه .

الثالثُ ، شَرْطٌ يُنافِى مُقْتَضَى العَقْدِ ؛ وهو نَوْعَانِ ؛ أحَدُهما ، ما لم يُبْنَ على التَّغْلِيبِ والسِّرَايَةِ ، كشَرْطِ أن لا يَمْلِكَ ، ولا يَتَصَرَّفَ ، ولا يُسْلِمَ ، و[2] لا يُعْتِقَ ، وإن[3] أعْتَقَ ، فالوَلَاءُ له ، أو[4] متى نَفَق المَبِيعُ وإلَّا رَدَّه ، أو إن خَسِرَ فيه فعلى البائعِ ، فهذا شَرْطٌ باطِلٌ ؛ لقَوْلِ النبىِّ ﷺ لعائشةَ لمّا أرادَتْ شِراءَ بَرِيرَةَ ، فاشْتَرطَ أهْلُها وَلَاءَهَا : [١٤١ظ] « اشْتَرِيها فأَعْتِقِيهَا ، فَإِنَّمَا الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » . ثم قال : « مَنِ اشْتَرَطَ شَرْطًا ليس فِى كِتَابِ اللَّهِ ، فَهُوَ بَاطِلٌ ، وإنْ كانَ مِائَةَ شَرْطٍ » . مُتَّفَقٌ عليه[5] . وهل

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى س ١ ، ب : « أو » .

(٣) فى س ١ : « أو » .

(٤) فى م : « و » .

(٥) أخرجه البخارى ، فى : باب ذكر البيع والشراء على المنبر فى المسجد ، من كتاب الصلاة ، وفى : باب الصدقة على موالى أزواج النبى ﷺ ، من كتاب الزكاة ، وفى : باب إذا اشترط =

يَفْسُدُ البَيْعُ به[1]؟ فيه رِوايَتان؛ إحْداهما، لا يَفْسُدُ؛ لحديثِ بَرِيرَةَ. والثانيةُ، يَفْسُدُ؛ لأنَّه إذا فَسَد الشَّرْطُ، وَجَب رَدُّ ما فى مُقابَلَتِه مِن

= شروطا فى البيع لا تحل، من كتاب البيوع، وفى: باب إذا قال المكاتب: اشترى ....، من كتاب المكاتب، وفى: باب الشروط فى البيع، وباب ما يجوز من شروط المكاتب ....، وباب الشروط فى الولاء، وباب المكاتب وما لا يحل من الشروط ....، من كتاب الشروط، وفى: باب الحرة تحت العبد، من كتاب النكاح، وفى: باب لا يكون بيع الأمة طلاقا، من كتاب الطلاق، وفى: باب الأدم، من كتاب الأطعمة، وفى: باب إذا أعتق فى الكفارة لمن يكون ولاؤه، من كتاب الكفارات، وفى: باب الولاء لمن أعتق وميراث اللقيط، وباب ميراث السائبة، وباب إذا أسلم على يديه، من كتاب الفرائض. صحيح البخارى ١/ ١٢٣، ٢/ ١٥٨، ٣/ ٩٦، ٢٠٠، ٢٤٨، ٢٥٠، ٢٥١، ٢٥٩، ٧/ ١١، ٦١، ١٠٠، ٨/ ١٨٢، ١٩١ - ١٩٣.
ومسلم، فى: باب إنما الولاء لمن أعتق، من كتاب العتق. صحيح مسلم ٢/ ١١٤١ - ١١٤٥.

كما أخرجه أبو داود، فى: باب فى الولاء، من كتاب الفرائض، وفى: باب فى بيع المكاتب إذا فسخت الكتابة، من كتاب العتاق. سنن أبى داود ٢/ ١١٤، ٣٤٧. والترمذى، فى: باب ما جاء فى الرجل يتصدق أو يعتق عند الموت، من أبواب الوصايا. عارضة الأحوذى ٨/ ٢٨١. والنسائى، فى: باب إذا تحولت الصدقة، من كتاب الزكاة، وفى: باب خيار الأمة، وباب خيار الأمة تعتق وزوجها حر، وباب خيار الأمة تعتق وزوجها مملوك، من كتاب الصلاة، وفى: باب البيع يكون فيه الشرط الفاسد ....، وباب بيع المكاتب، وباب المكاتب يباع قبل أن يقبض ....، من كتاب البيوع. المجتبى ٥/ ٨١، ٦/ ١٣٢ - ١٣٥، ٧/ ٢٦٤، ٢٦٨، ٢٦٩. وابن ماجه، فى: باب خيار الأمة إذا أعتقت، من كتاب الطلاق، وفى: باب المكاتب، من كتاب العتق. سنن ابن ماجه ١/ ٦٧١، ٢/ ٨٤٢، ٨٤٣. والدارمى، فى: باب فى تخيير الأمة ....، من كتاب الطلاق. سنن الدارمى ٢/ ١٦٩. والإمام مالك، فى: باب ما جاء فى الخيار، من كتاب الطلاق، وفى: باب مصير الولاء لمن أعتق، من كتاب العتق. الموطأ ٢/ ٥٦٢، ٧٨٠، ٧٨١. والإمام أحمد، فى: المسند ١/ ٢٨١، ٣٢١، ٢/ ٢٨، ١٠٠، ١١٣، ١٤٤، ١٥٣، ١٥٦، ٦/ ٣٣، ٤٢، ٤٦، ٨٢، ١٠٣، ١٢١، ١٣٥، ١٧٢، ١٧٥، ١٧٨، ١٨٠، ١٨٦، ١٩٠، ٢١٣، ٢٧٢.

(١) سقط من: الأصل، ف، م.

الثَّمَنِ ، وذلك مَجْهُولٌ ، فيَصِيرُ الثَّمَنُ مَجْهُولًا .

النَّوْعُ الثانى ، أن يَشْتَرِيَه بشَرْطِ أَنْ يُعْتِقَه ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، الشَّرْطُ فاسِدٌ ؛ لأنَّه يُنافِى مُقْتَضَى البَيْعِ ، فأشْبَهَ ما قبلَه . والثانيةُ ، يَصِحُّ ؛ لأَنَّ عائشَةَ اشْتَرَتْ بَرِيرَةَ لتُعْتِقَها ، فأجازَه النبىُّ ﷺ . فعلى هذا ، إنِ امْتَنَعَ المُشْتَرِى مِن العِتْقِ أُجْبِرَ عليه ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّه عِتْقٌ مُسْتَحَقٌّ عليه ، فأُجْبِرَ عليه ، كما لو نَذَر عِتْقَه . والثانى ، لا يُجْبَرُ عليه[1] ؛ لأنَّ الشَّرْطَ لا يُوجِبُ فِعْلَ المَشْرُوطِ ، كما لو شَرَط رَهْنًا أو ضَمِينًا ، لم يُجْبَرْ ، ولكنْ يَثْبُتُ للبائعِ خِيارُ الفَسْخِ ، كمُشْتَرِطِ الرَّهْنِ . فإن مات العبدُ ، رَجَع البائعُ على المُشْتَرِى بما نَقَصه شَرْطُ العِتْقِ ، وإن كان المَبِيعُ أمَةً فأحْبَلَها ، أعْتَقَها وأجْزَأَه ؛ لأنَّ الرِّقَّ باقٍ فيها .

الرابعُ ، ما لا يُنافِى مُقْتَضَى العَقْدِ ، ولا هو مِن مَصْلَحَتِه ، وهو نَوْعان ؛ أحَدُهما ، أن يَشْتَرِطَ عَقْدًا آخَرَ ، مثلَ أن يَبِيعَه بشَرْطِ أن يَبِيعَه عَيْنًا أُخْرَى ، أو يُؤْجِرَه ، أو يُسْلِفَه ، أو يَشْتَرِىَ منه ، أو يَسْتَسْلِفَ ، فهذا شَرْطٌ فاسِدٌ يَفْسُدُ العَقْدُ به ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ قال : « لَا يَحِلُّ بَيْعٌ وَسَلَفٌ ، ولا شَرْطَانِ فى بَيْعٍ » . قال التِّرْمِذِىُّ[2] : هذا حديثٌ صحيحٌ . ونَهَى عن بَيْعَتَيْنِ فى

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى : باب ما جاء فى كراهية بيع ما ليس عندك ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٢٤٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يبيع ما ليس عنده ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢/ ٢٥٤. والنسائى ، فى : باب سلف وبيع ...، وباب شرطان فى بيع ...، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٥٩. وابن ماجه ، فى : باب النهى عن بيع ما ليس عندك ، وعن زرع ما =

بَيْعَةٍ[1] . وهذا منه . الثانى ، أن يَشْتَرِطَ المُشْتَرِى مَنْفَعَةَ البائعِ فى المَبِيعِ ، فيَصِحُّ إذا كانت مَعْلُومَةً ، مثلَ أن يَشْتَرِىَ ثَوْبًا ويَشْتَرِطَ على بائِعِه خِياطَتَه قَمِيصًا ، أو فِلْعَةً[2] ويَشْتَرِطَ حذْوَها نَعْلًا ، أو حَطَبًا ويَشْتَرِطَ حَمْلَه ؛ لأنَّ محمدَ بنَ مَسْلَمَةَ[3] اشْتَرَى مِن نَبَطِىٍّ جُرْزَةَ[4] حَطَبٍ ، وشَرَط عليه حَمْلَها . واشْتَهَر ذلك فلم يُنْكَرْ ، ولأنَّه بَيْعٌ وإجارَةٌ ، فصَحَّ ، كما لو باعَه عَبْدَه وأجَرَه دارَه فى عَقْدٍ واحدٍ .

وقال الخِرَقِىُّ : إنِ اشْتَرَطَ مُشْتَرِى الرَّطْبَةِ جَزَّها على بائِعِها ، بَطَل العَقْدُ . فيَحْتَمِلُ أن يُخَصَّ قولُه بهذه الصُّورَةِ وشِبْهِها ؛ لإفْضائِه إلى التَّنازُعِ ، فإنَّ البائعَ يُرِيدُ قَطْعَها مِن أعْلَاهَا ، لتَبْقَى له[5] منها بَقِيَّةٌ ، والمُشْتَرِى يُرِيدُ الاسْتِقْصاءَ عليها . ويَحْتَمِلُ أن يُعَدَّى حُكْمُها إلى كلِّ عَقْدٍ

= لم يضمن ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٣٧، ٧٣٨. والدارمى ، فى : باب فى النهى عن شرطين فى بيع ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/ ٢٥٣. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ١٧٩.

(١) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى النهى عن بيعتين فى بيعة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٢٣٩. والنسائى ، فى : باب بيعتين فى بيعة ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٦٠. والإمام مالك ، فى : باب النهى عن بيعتين فى بيعة ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/ ٦٦٣. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٤٣٢، ٤٧٥، ٥٠٣.

(٢) الفلعة : القطعة من السنام . لسان العرب (ف ل ع) .

(٣) محمد بن مسلمة بن سلمة الأنصارى ، أبو عبد الله ، كان من أفضل الصحابة ، وهو أحد الثلاثة الذين قتلوا كعب بن الأشرف ، واستخلفه النبى ﷺ فى بعض غزواته على المدينة ، توفى سنة اثنتين وأربعين . أسد الغابة ٥/ ١١٢، الإصابة ٦/ ٣٣.

(٤) الجرزة : الحزْمة .

(٥) سقط من : م .

شَرَطَ فيه [1]مَنْفَعَةَ البائعِ[1]؛ لأنَّه شَرط عَقْدًا فى عَقْدٍ، فأشْبَهَ ما قبلَه. وقال القاضى: لم أجِدْ بما قال الخِرَقِىُّ[2] رِوايَةً فى المَذْهَبِ، والمَذْهَبُ جَوازُه.

فإن شرَطَ شَرْطَيْنِ، مثلَ أنِ اشْتَرَط خِياطَةَ الثَّوْبِ وقِصَارَتَه، وفى الحَطَبِ حَمْلَه وتَكْسِيرَه، أو اشْتَرَطَ مَنْفعَةَ البائعِ، واشْتَرَطَ البائعُ مَنْفَعَةَ المَبِيعِ مُدَّةً معْلُومَةً، فَسَدَ العَقْدُ؛ لقَوْلِ النبىِّ ﷺ: «لَا شَرْطَانِ فِى بَيْعٍ»[3]. وإنِ اشْتَرَط مَنْفَعَةً مَجْهُولَةً[4]، لم يَصِحَّ؛ لإفْضائِه إلى التَّنازُعِ.

فصل: فإن شَرَط فى المَبِيعِ[5] أنَّه[6] إن باعَه، فهو أحَقُّ به بالثَّمَنِ، ففيه رِوايَتان؛ إحْداهما، لا يَصِحُّ؛ لأنَّه شَرْطانِ [7]فى بَيْعٍ[7]، لأنَّه شَرَط أن يَبِيعَه إيّاه[6] وأن يُعْطِيَه إيَّاهُ بالثَّمَنِ، ولأنَّه شَرْطٌ يُنافى مُقْتَضَى العَقْدِ؛ لأنَّه شَرَط أن لا يَبِيعَه لغيرِه. والثانيةُ، يَصِحُّ؛ لأنَّه يُرْوَى عن ابنِ مسعودٍ أنَّه اشْتَرَى أمَةً بهذا الشَّرْطِ[8]. وإن قُلْنا بفسادِه، فهل يَفْسُدُ به[6] البَيْعُ؟ فيه

(1 - 1) سقط من: م.

(2) سقط من: الأصل.

(3) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٩، ٦٠.

(4) فى م: «معلومة».

(5) فى س ٢، ف، م: «البيع».

(6) سقط من: م.

(7 - 7) فى الأصل: «يبيع».

(8) أخرجه الإمام مالك، فى: باب ما يفعل فى الوليدة إذا بيعت وفيها الشرط، من كتاب البيوع. الموطأ ٢/٦١٦. والبيهقى، فى: باب الشرط الذى يفسد البيع، من كتاب البيوع. السنن الكبرى ٥/٣٣٦.

رِوايَتان[1] .

فصل : وكلُّ مَوْضِعٍ فَسَد العَقْدُ ، [١٤٢و] لم يَحْصُلْ به مِلْكٌ وإنْ قُبِض ؛ لأنَّه مَقْبُوضٌ بعَقْدٍ فاسِدٍ ، فأشْبَهَ ما لو كان الثَّمَنُ مَيْتَةً ، ولا يَنْفُذُ تَصَرُّفُ المُشْتَرِى فيه ، وعليه رَدُّه بنَمائِه المُنْفَصِلِ والمُتَّصِلِ ، وأُجْرَةُ مِثْلِه مُدَّةَ مُقامِه فى يَدِه ، ويَضْمَنُه إن تَلِف أو نَقَص بما يَضْمَنُ به المَغْصُوبَ ؛ لأنَّه[2] مِلْكُ غيرِه حَصَل فى يَدَيْه[3] بغيرِ إذْنِ الشَّرْعِ ، أشْبَهَ المَغْصُوبَ . ولا حَدَّ عليه إنْ وَطِئَ ؛ للشُّبْهَةِ ، وعليه مَهْرُ مِثْلِها ، وأَرْشُ بَكارَتِها إن كانت بِكْرًا ، والوَلَدُ حُرٌّ ؛ لأنَّه مِن وَطْءِ شُبْهَةٍ ، ويَلْحَقُ نَسَبُه به ؛ لذلك ، ولا تَصِيرُ به[4] الجارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ ؛ لأنَّها وَلَدَتْ فى غيرِ مِلْكٍ .

وإن حَكَمْنا بفَسادِ الشَّرْطِ وحدَه ، فقال القاضى : يَرْجِعُ المُشْتَرِطُ[5] بما نَقَص ؛ لأنَّه إنَّما سَمَحَ به لأجْلِ الشَّرْطِ ، فإذا لم يَحْصُلْ رجَعَ بما سَمَح به .

فصل : ولا يَحِلُّ[6] البَيْعُ بعدَ النِّداءِ للجُمُعَةِ قبلَ الصلاةِ لِمَن تَجِبُ عليه الجُمُعَةُ ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تعالَى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نُودِىَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ فَٱسْعَوْاْ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ وَذَرُواْ ٱلْبَيْعَ ﴾[7] . فإن باعَ ، لم يَصِحَّ ؛

---

(١) فى م : « وجهان » .

(٢) فى ف : « لأن » .

(٣) فى م : « يده » .

(٤) سقط من : م .

(٥) فى م : « المشترى » .

(٦) فى م : « يجوز » .

(٧) سورة الجمعة ٩ .

للنَّهْىِ . ويجوزُ ذلك لِمَن لا تَجِبُ عليه الجُمُعَةُ ؛ لأنَّ الخِطابَ بالسَّعْىِ لم يَتناوَلْه ، فكذلك النَّهْىُ .

والنِّداءُ الذى يَتَعَلَّقُ به السَّعْىُ والنَّهْىُ هو الثانى الذى يكونُ عندَ صُعُودِ الإمامِ المِنْبَرَ ؛ لأنَّه الذى كان على عَهْدِ رسولِ اللَّهِ ﷺ ، فتعَلَّقَ الحُكْمُ به ، وإنَّما زاد الأوَّلَ عُثْمانُ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه [1] .

وفى النِّكاحِ والإجارَةِ وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، حُكْمُهما حُكْمُ البَيْعِ ؛ لأنَّهما عَقْدا مُعاوَضَةٍ . والثانى ، يَصِحّان ؛ لأنَّهما غيرُ مَنْصُوصٍ عليهما ، وليسا [2] فى مَعْنَى المَنْصُوصِ عليه ؛ لأنَّهما لا يَكْثُرانِ ، فلا تُؤَدِّى إباحَتُهما إلى تَرْكِ الجُمُعَةِ ، بخِلافِ البَيْعِ .

فصل : ولا يَحِلُّ التَّسْعِيرُ ؛ لِما روَى أنَسٌ قال : غَلا السِّعْرُ على عَهْدِ رسولِ اللَّهِ ﷺ ، فقالوا : يا رسولَ اللَّهِ ، قد غَلا السِّعْرُ ، فسَعِّرْ لَنا . فقال : « إنَّ اللَّهَ هُوَ المُسَعِّرُ القَابِضُ البَاسِطُ الرَّازِقُ [3] ، إنِّى لأرْجُو أنْ ألْقَى اللَّهَ وَلَيس أحَدٌ يَطْلُبُنِى [4] بمَظْلِمَةٍ » . قال التِّرْمِذِىُّ [5] : هذا حديثٌ صحيحٌ .

---

(١) تقدم تخريجه فى ١/ ٤٩٤.

(٢) فى م : « لأنهما » .

(٣) فى س ١، ب : « الرزاق » .

(٤) فى الأصل : « أن يطالبنى » .

(٥) فى : باب ما جاء فى التسعير ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٦/ ٥٣.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى التسعير ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢/ ٢٤٤. وابن ماجه ، فى : باب من كره أن يسعر ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٤١، ٧٤٢. والدارمى ، فى : باب فى النهى عن أن يسعر فى المسلمين ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/ ٢٤٩. والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ١٥٦، ٢٨٦.

ولأنَّه ظُلْمٌ للبائعِ بإجْبارِه على بيعِ سِلْعَتِه بغيرِ حَقٍّ، أو مَنْعِه مِن بَيْعِها بما يَتَّفِقُ عليه المُتَعاقِدان، وهو مِن أسْبابِ الغَلاءِ؛ لأنَّه يَقْطَعُ الجَلَبَ، ويَمْنَعُ النَّاسَ مِن البَيْعِ فيَرْتَفِعُ السِّعْرُ.

فصل: والاحْتِكارُ مُحَرَّمٌ؛ لِما رَوَى سعيدُ بنُ المُسَيَّبِ، عن مَعْمَرِ بنِ عبدِ اللَّهِ، أنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ قال: «مَنِ احْتَكَرَ فَهُوَ خَاطِئٌ». رَواه مسلمٌ، وأبو داودَ[1].

والاحْتِكَارُ المُحَرَّمُ ما جَمَع أرْبَعَةَ أوْصافٍ[2]؛ أن يَشْتَرِيَ قُوتًا يُضَيِّقُ به على الناسِ في بَلَدٍ فيه ضيقٌ، فأمَّا الجالِبُ فليس بمُحْتَكِرٍ؛ لقولِ رسولِ اللَّهِ ﷺ: «الجَالِبُ مَرْزُوقٌ، والمُحْتَكِرُ مَلْعُونٌ»[3]. ولأنَّه لا ضَرَرَ على الناسِ في جَلْبِه. ومَن اسْتَغَلَّ مِن أرْضِه شيئًا فهو كالجالِبِ.

---

(١) أخرجه مسلم، في: باب تحريم الاحتكار في الأقوات، من كتاب المساقاة. صحيح مسلم ٣/ ١٢٢٧، ١٢٢٨. وأبو داود، في: باب في النهي عن الحكرة، من كتاب الإجارة. سنن أبي داود ٢/ ٢٤٣.

كما أخرجه الترمذي، في: باب ما جاء في الاحتكار، من أبواب البيوع. عارضة الأحوذي ٥/ ٢٧٠. وابن ماجه، في: باب الحكرة والجلب، من كتاب التجارات. سنن ابن ماجه ٢/ ٧٢٨. والدارمي، في: باب في النهي عن الاحتكار، من كتاب البيوع. سنن الدارمي ٢/ ٢٤٨، ٢٤٩. والإمام أحمد، في: المسند ٣/ ٤٥٣، ٤٥٤، ٦/ ٤٠٠.

(٢) في م: «أصناف».

(٣) أخرجه ابن ماجه، في: باب الحكرة والجلب، من كتاب التجارات. سنن ابن ماجه ٢/ ٧٢٨. والدارمي، في: باب النهي عن الاحتكار، من كتاب البيوع. سنن الدارمي ٢/ ٢٤٩. وعبد بن حميد، في: المنتخب ١/ ٨٤. والحديث إسناده ضعيف. انظر: مصباح الزجاجة ٢/ ١٦٣.

ولا يُمْنَعُ مِن احْتِكارِ الزَّيْتِ، وما ليس بقُوتٍ؛ لأنَّ سعيدَ بنَ المُسَيَّبِ راوِىَ الحديثِ كان يَحْتَكِرُ الزَّيْتَ[1].

ومَن اشْتَرَى فى حالِ الرُّخْصِ على وَجْهٍ لا يُضَيِّقُ على أحَدٍ، فليس بمُحْتَكِرٍ؛ لأنَّه لا ضَرَرَ فيه، بل رُبَّما كان نَفْعًا.

فصل: وبَيْعُ التَّلْجِئَةِ هو أنْ يخافَ الرجلُ ظالِمًا يأْخُذُ مالَه، فيُواطِئَ رَجُلًا يُظْهِرُ بَيْعَه إيَّاه؛ ليَحْتَمِىَ بذلك، ولا يُرِيدان بَيْعًا حَقِيقِيًّا، [2]فلا يَصِحُّ[2]؛ لأنَّهما ما قَصَداه، فهو كبَيْعِ المُكْرَهِ.

---

(1) أخرجه عبد الرزاق، فى: المصنف ٨/ ٢٠٣، ٢٠٤. وابن أبى شيبة، فى: المصنف ٦/ ٥٨٢.

(٢ - ٢) سقط من: ب، م.



بَابُ الخِـيارِ فى البَيْعِ

[١٤٢ظ] وهو على ضَرْبَين ؛ أحدُهما ، خِيارُ المَجْلِسِ ، فلكلِّ واحِدٍ مِن المُتَبايِعَيْن الخِيارُ فى فَسْخِ البَيْعِ ما لم يَفْتَرِقا[١] بأبْدانِهما ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « البَيِّعان بالخِيارِ ما لم يَتَفَرَّقا » . مُتَّفَقٌ عليه[٢] . والتَّفَرُّقُ أن يَمْشِىَ أحدُهما عن صاحِبِه بحيث إذا كَلَّمَه الكَلامَ المُعْتادَ فى المَجْلِسِ لا يَسْمَعُه ؛ لأنَّ ابنَ عُمَرَ كان إذا بايَعَ[٣] رَجُلًا ، فأرادَ أن لا يُقِيلَه مشَى هُنَيْهَةً ، ثم

---

(١) فى م : « يتفرقا » .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب كم يجوز الخيار ، وباب إذا لم يوقت فى الخيار ، وباب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع ...، وباب إذا كان البائع بالخيار فهل يجوز البيع ، وباب إذا اشترى شيئا فوهب منه ساعته ...، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٣/ ٨٣، ٨٤. ومسلم ، فى : باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/ ١١٦٣، ١١٦٤.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى خيار المتبايعين ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢/ ٢٤٤، ٢٤٥. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى البيعين بالخيار ما لم يتفرقا ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٢٥٤. والنسائى ، فى : باب وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما ، وباب ذكر الاختلاف على نافع فى لفظ حديثه ، وباب ذكر الاختلاف على عبد الله بن دينار فى لفظ هذا الحديث ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢١٧ - ٢٢٠. وابن ماجه ، فى : باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٣٦. والإمام مالك ، فى : باب بيع الخيار ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/ ٦٧١. والإمام أحمد ، فى : المسند ١/ ٥٦، ٢/ ٩، ٧٣. كلهم من حديث ابن عمر .

(٣) فى م : « باع » .

رَجَعَ[1] . وهو راوِى الحديثِ ، وأعْلَمُ بمَعْنَاه . ولأنَّ الشَّرْعَ ورَدَ بالتَّفرُّقِ مُطْلَقًا ، فوَجَب أن يُحْمَلَ على التَّفرُّقِ المَعْهُودِ ، وهو يحْصُلُ بما ذكَرْنَا .

فإن لم يتَفَرَّقَا بل بُنِىَ بينَهما حاجِزٌ ، أو أُرْخِىَ بينَهما سِتْرٌ أو نحوُه ، أو[2] ناما ، أو قاما عن مَجْلِسِهما ، فمشَيا معًا ، فهما على خِيارِهما ؛ لأنَّهما لم يتَفَرَّقَا . وإن فَرَّ أحدُهما مِن صاحبِه ، بَطَل خِيارُهما ؛ لأنَّ ابنَ عُمَرَ كان يُفارِقُ صاحِبَه بغيرِ أمْرِه ، ولأنَّ الرِّضَا فى الفُرْقَةِ غيرُ مُعْتَبَرٍ ، كما لا يُعْتَبَرُ الرِّضَا فى الفَسْخِ .

وإن أُكْرِهَا على التَّفرُّقِ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يَبْطُلُ الخِيَارُ ؛ لأنَّه لا يُعْتَبَرُ الرِّضَا مِن أحَدِ الجانِبَيْنِ ، فكذلك منهما . والثانى ، لا يَبْطُلُ ؛ لأنَّه مَعْنًى يَلْزَمُ به البَيْعُ ، فلا يَلْزَمُ به مع الإكْراهِ ، كالتَّخايُرِ . فعلى هذا ، يكونُ الخِيارُ لهما فى المَجْلِسِ الذى زالَ عنهما الإكْرَاهُ فيه حتى يتَفارَقا . فإن أُكْرِهَ أحدُهما ، بَطَل خِيارُ الآخَرِ ، كما لو هَرَب منه . وللمُكْرَهِ الخِيارُ فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ .

فصل : فإن تَبايَعا على أن لا خِيارَ بينَهما ، أو قالا (3)بعدَ البيعِ(3) : اخْتَرْنَا إمْضَاءَ العَقْدِ . (4)أو : أجزْنَا(4) العَقْدَ . ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، هما

---

(1) بهذا اللفظ أخرجه مسلم ، فى : باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/ ١١٦٤.

وانظر : صحيح البخارى ٣/ ٨٣. وعارضة الأحوذى ٥/ ٢٥٤. المجتبى ٧/ ٢١٩.

(2) فى الأصل : « بحيث لو » .

(3 - 3) سقط من : م .

(4 - 4) فى س ١، س ٢: «أو اخترنا» .

على خِيارِهما ؛ لعُمومِ الخَبَرِ. والثانيةُ ، لا خِيارَ لهما ؛ لِما رُوِىَ أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « البَيِّعانِ بِالخِيارِ ما لم يَتَفرَّقا ، أَوْ يُخَيِّرْ أحَدُهُما صاحِبَه ، فإن خَيَّرَ أحَدُهُما صاحِبَه ، فتَبايَعا على ذلك ، فقد وَجَب البَيْعُ » . وفى لَفْظٍ : « المُتَبايِعانِ بالخِيارِ مَا لم يَتَفرَّقا ، إلَّا أن يَكُونَ البَيْعُ كان على خِيارٍ ، فإن كان البَيْعُ عَن[1] خِيارٍ فقد[2] ، وَجَب البَيْعُ » . مُتَّفَقٌ عليهما[3] . [4]وفى لفْظٍ : « أو يقُولُ أحَدُهُما لصاحِبِه : اخْتَرْ » . رَواه البُخارِىُّ[5] . وهذه زِيادَةٌ يجِبُ قَبُولُها .

فإن قال أحدُهما لصاحبِه : اخْتَرْ . فسَكَت ، فخِيارُ السّاكِتِ بحالِه ؛ لأنَّه لم يُوجَدْ منه ما يُبْطِلُه[4] . وفى خِيارِ القائلِ وَجْهان ؛ أحدُهما ، يَبْطُلُ ؛ للخَبَرِ ، ولأنَّه جَعَل الخِيارَ لغيرِه ، فلم يَبْقَ له شىءٌ . والثانى ، لا يَبْطُلُ ، كما لو قال لزَوْجَتِه : اخْتارِى . فسَكَتَت ، لم يَبْطُلْ خِيارُه فى الطَّلاقِ .

---

(١) فى م : « على » .

(٢) سقط من : م .

(٣) فى م : « عليه » .

وانظر للفظ الأول صحيح البخارى ٣/ ٨٣. وصحيح مسلم ٣/ ١١٦٣. والمجتبى ٧/ ٢١٩. وسنن ابن ماجه ٢/ ٧٣٦. والمسند ٢/ ١٩.

واللفظ الثانى أخرجه النسائى فقط ، فى : الموضع السابق. وانظر إرواء الغليل ٥/ ١٥٣، ١٥٤.

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

(٥) فى : باب إذا لم يوقت فى الخيار ...، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٣/ ٨٤.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى خيار المتبايعين ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢/ ٢٤٥. والنسائى ، فى : الموضع السابق . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٤، ٧٣.

فصل : ويَثْبُتُ خِيارُ المجْلِسِ فى كلِّ بَيْعٍ ؛ للخَبَرِ ، ولأنَّه شُرِع للنَّظَرِ فى الحَظِّ ، وهذا يُوجَدُ فى كُلِّ بَيْعٍ . وعنه ، لا يَثْبُتُ فى الصَّرْفِ والسَّلَمِ ، وما يُشْتَرَطُ فيه القَبْضُ فى المجْلِسِ ؛ لأنَّه لا يَثْبُتُ فيه خِيارُ الشَّرْطِ .

فصل : الضَّرْبُ الثانى ، خِيارُ الشَّرْطِ ؛ نحوَ أن يَشْتَرِطا[(١)] الخِيارَ فى البَيْعِ مُدَّةً مَعْلُومَةً ، فيَجُوزَ بالإجْماعِ ، ويَثْبُتَ فيما[(٢)] يتَّفِقان عليه مِن المُدَّةِ المَعْلُومَةِ ، وإن زادَت على ثَلاثٍ ؛ لأَنَّه حَقٌّ يَعْتَمِدُ الشَّرْطَ ، فجاز ذلك فيه ، كالأجَلِ . ويجوزُ شَرْطُه لأحَدِهما دونَ صاحِبِه ، ولأحَدِهما أكْثَرَ مِن صاحِبِه ؛ لأنَّه ثَبَت بشَرْطِهما ، فكان على حَسَبِه . ولو اشْتَرَى شَيْئَيْن صَفْقَةً واحدَةً ، وشَرَط الخِيارَ فى أحَدِهما بعَيْنِه ، صَحَّ . وإن شرَطَه فى غيرِ مُعَيَّنٍ منهما ، أو لأحَدِ المُتَبايِعَيْنِ غيرِ مُعَيَّنٍ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه مَجْهُولٌ ، فأَشْبَهَ بَيْعَ أحَدِ العَبْدَيْنِ .

وإن شَرَط الخِيارَ لأجْنَبِيٍّ ، صَحَّ ، وكان مُشْتَرِطًا لنَفْسِه مُوَكِّلًا لغيرِه فيه[(٣)] ؛ لأنَّه أمْكَنَ تَصْحِيحُه على هذا الوَجْهِ ، فتَعَيَّنَ . ولِمُشْتَرِطِ الخِيارِ[(٤)] الفَسْخُ بغيرِ رِضا الأَجنَبِيِّ ، وللأَجْنَبِيِّ الفَسْخُ ، إلَّا أن يَعْزِلَه المُشْتَرِطُ ، ولو شَرَط الخِيارَ للعبدِ المَبِيعِ ، صحَّ ؛ لأنَّه كالأجْنَبِيِّ . وقال القاضى : إن جَعَل الأَجْنَبِيَّ وَكِيلًا فيه ، صَحَّ ، وإن أطْلَقَ الخِيارَ لفُلانٍ ، أو قال : هو لفُلانٍ

---

(١) فى س ١ ، س ٢ ، ف ، م : « يشترط » .

(٢) فى م : « ما » .

(٣) سقط من : م .

(٤) بعده فى ف : « لغيره فله » .

دُونِى . لم يَصِحَّ ؛ لأَنَّ الخِيارَ جُعِلَ [١٤٣و] لتَحْصِيلِ الحَظِّ للمُتَعاقِدَيْنِ بنَظَرِهما ، فلا يكونُ لِمَن لا حَظَّ له . وإن كان العاقِدُ[١] وَكِيلًا ، فشَرَط الخِيارَ للمالِكِ ، صَحَّ ؛ لأَنَّ الحَظَّ له . وإنْ جعَلَه للأَجْنَبِىِّ ، لم يَصِحَّ ؛ لأَنَّه ليس له تَوْكِيلُ غيرِه . وإن شرَطَه لنَفْسِه ، صَحَّ ؛ لأَنَّ له النَّظَرَ فى تَحْصِيلِ الحَظِّ .

وإن قال : بِعْتُكَ على أن أسْتَأْمِرَ فُلَانًا . فى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، صَحَّ ، وله الفَسْخُ قبلَ اسْتِئْمَارِه[٢] ؛ لأَنَّ ذلك كِنايَةٌ عن الخِيارِ . وإن لم يَجْعَلْ له مُدَّةً مَعْلُومَةً ، فهو كالخِيارِ المَجْهُولِ .

فصل : إذا شَرَط الخِيارَ إلى طُلوعِ الشمسِ أو غُروبِها ، أو إلى الغَدِ ، أو إلى[٣] الليلِ ، صَحَّ ؛ لأَنَّه وقتٌ مَعْلُومٌ ، ولا يَدْخُلُ الغَدُ ولا الليلُ فى مُدَّةِ الخِيارِ ؛ لأَنَّ « إلى » للغايَةِ ، ومَوْضُوعُها لفَراغِ الشىءِ وانْتِهائِه . وإن شرَطاه ثَلاثًا ، أو ساعَاتٍ مَعْلُومَةً ، فابْتِداءُ مُدَّتِه مِن حينِ[٤] العَقْدِ ؛ لأَنَّها مُدَّةٌ مُلْحَقَةٌ بالعَقْدِ ، فكان بَدْؤُها منه ، كالأَجَلِ[٥] ، ولأَنَّ جَعْلَه مِن حينِ التَّفَرُّقِ يُفْضِى إلى جَهالَتِه ؛ لأَنَّه لا يُدْرَى متى يَفْتَرِقَانِ . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ بَدْءُ مُدَّتِه مِن حينِ[٤] التَّفَرُّقِ ؛ لأَنَّ الخِيارَ ثابِتٌ فى المَجْلِسِ حُكْمًا ، فلا حاجَةَ

---

(١) فى ف ، م : « المعاقد » .

(٢) فى الأصل : « استجاره » .

(٣) سقط من : س ٢ ، ف ، ب .

(٤) زيادة من : م .

(٥) سقط من : م .

إلى إثْباتِه بالشَّرْطِ . فعلى هذا ، إن جعَلا بَدْأَه مِن العَقْدِ ، صَحَّ ؛ لأنَّ بِدايتَه ونِهايَتَه مَعْلُومان . ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ ؛ لأنَّ ثُبوتَ الخِيَارِ بالمَجْلِسِ يَمْنَعُ ثُبوتَه بغيرِه . وعلى الوَجْهِ الأوَّلِ ، لو جعَلَا بَدْأَه مِن التَّفَرُّقِ ، لم يَصِحَّ ؛ لجَهالَتِه .

فصل : فإن شَرَطا خِيارًا مَجْهُولًا ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّها مُدَّةٌ مُلْحَقَةٌ بالعَقْدِ ، فلم (١)تَصِحَّ مَجْهُولَةً(١) ، كالتَّأْجِيلِ . وهل يَفْسُدُ العَقْدُ به ؟ على رِوايَتَيْنِ . وعنه ، أنَّه يَصِحُّ مَجْهُولًا ؛ لقَوْلِه عليه السَّلامُ : « المُؤْمِنُونَ على[2] شُرُوطِهِم » . رَواه التِّرْمِذِيُّ[3] ، وقال : حديثٌ حسنٌ صحيحٌ . فعلى هذا ، إن كان الخِيارُ مُطْلَقًا ، مثلَ أن يقولَ : لكَ الخِيارُ[4] متى شِئْتَ . أو : إلى الأَبَدِ . فهما على خِيارِهما أبَدًا أو يَقْطَعاه . وإن قال : إلى أن يَقْدَمَ زَيْدٌ . أو : يَنْزِلَ المَطَرُ . ثَبَت الخِيارُ إلى زَمَنِ اشْتِراطِه ، أو يَقْطَعاه قبلَه .

وإن شَرَطاه إلى الحَصادِ ، أو[5] الجَذاذِ[6] ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، هو

(١ - ١) فى م : « يصح مجهوله » .

(٢) فى س ٢، ف ، م : « عند » .

(٣) فى : باب ما ذكر فى الصلح بين الناس ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/ ١٠٤.
كما أخرجه البخارى معلقا ، فى : باب أجر السمسرة ، من كتاب الإجارة . صحيح البخارى ٣/ ١٢٠. وأبو داود ، فى : باب فى الصلح ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢/ ٢٧٣. وعندهم بلفظ : « المسلمون » .
وبلفظ : « المؤمنون عند شروطهم » . أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٦/ ٥٦٨. عن عطاء مرسلا . وذكره ابن عبد البر ، فى : التمهيد ٧/ ١١٧.

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) فى الأصل : « و » .

(٦) فى س ١، ب : « الجداد » .

مَجْهُولٌ ؛ لأَنَّ زَمَنَ ذلك يَخْتَلِفُ ، فيكونُ كقُدومِ زَيْدٍ . والثانيةُ ، يَصِحُّ ؛ لأنَّ مُدَّةَ الحَصَادِ تتقَارَبُ فى العادَةِ فى البَلَدِ الواحِدِ ، فَعُفِيَ عن الاخْتِلافِ فيه . وإنْ شَرَطَه[1] إلى العَطَاءِ ، يُرِيدُ وَقْتَ العَطاءِ ، صَحَّ ؛ لأَنَّه مَعْلُومٌ ، وإن أرادَ نَفْسَ العَطَاءِ ، فهو مَجْهُولٌ ؛ لأنَّه يتقَدَّمُ ويتَأَخَّرُ .

وإن شَرَط الخِيارَ شَهْرًا ؛ يَوْمًا يَثْبُتُ ويَوْمًا لا ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يَثْبُتُ فى اليومِ الأوَّلِ ؛ لأنَّه مَعْلُومٌ يَلِى العَقْدَ ، ويَبْطُلُ فيما بعدَه ؛ لأنَّه إذا لَزِم ، لم يَعُدْ إلى الجَوازِ . ويَحْتَمِلُ أن يَبْطُلَ الشَّرْطُ كلُّه ؛ لأنَّه شَرْطٌ واحِدٌ ، فإذا فَسَد فى البَعْضِ ، فَسَد فى الكلِّ .

فصل : ولِمَن له الخِيارُ الفَسْخُ مِن غيرِ حُضُورِ صاحبِه ، ولا رِضَاه ؛ لأنَّه عَقْدٌ جُعِل إلى اخْتِيَارِه ، فجاز مع غَيْبَةِ صاحبِه وسخَطِه ، كالطَّلاقِ . ومتى انْقَضَتْ مُدَّتُه قبلَ الفَسْخِ ، لَزِمَ العَقْدُ على كلِّ حالٍ ؛ لأنَّها مُدَّةٌ مُلْحَقَةٌ بالعَقْدِ ، فبَطَلَت بانْتِهائِها ، كالأَجَلِ .

ويَبْطُلُ الخِيارُ بالتَّخايُرِ ، كما يَبْطُلُ خِيارُ المجْلِسِ به ، ولو أَلْحَقا بالعَقْدِ خِيارًا بعدَ لُزُومِه ، لم يَلْحَقْه ؛ لأنَّه عَقْدٌ لازِمٌ ، فلم يَصِرْ جائِزًا بقَوْلِهما ، كالنِّكاحِ . وإن فَعَلا ذلك فى مُدَّةِ الخِيَارِ ، جاز ؛ لأنَّه جائزٌ ، فجاز إبْقاؤُه على جَوازِه .

فصل : ويَنْتَقِلُ المِلْكُ إلى المُشْتَرِى فى بَيْعِ[2] الخِيارِ بنَفْسِ العَقْدِ .

---

(١) فى ف : « شرطاه » .

(٢) فى ف : « مدة » .

وعنه ، لا يَنْتَقِلُ إلَّا بعدَ انْقِضائِه ؛ لأنَّه عَقْدٌ قاصِرٌ لا يُفِيدُ التَّصَرُّفَ ، فلم يَنْقُلِ المِلْكَ ، كالهِبَةِ قبلَ القَبْضِ . والأوَّلُ ظاهِرُ المَذْهَبِ ؛ لأنَّ البَيْعَ سبَبٌ لنَقْلِ المِلْكِ ، فنُقِلَ عَقِيبَه ، كالمُطْلَقِ ، ولأنَّه تَمْلِيكٌ ، فأَشْبَهَ المُطْلَقَ ، وليس مَنْعُ التَّصَرُّفِ لقُصورِ السَّبَبِ ، بل لتَعَلُّقِ حَقِّ [١٤٣ظ] البائعِ بالمَبِيعِ .

وما يَحْصُلُ مِن غَلَّةِ المَبِيعِ فى مُدَّةِ الخِيَارِ و[1] نمائِه المُنْفَصِلِ ، فهو للمُشْتَرِى ، سَواءٌ فسَخا العَقْدَ أو أمْضَياه ؛ لأنَّه نَماءُ مِلْكِه الدَّاخِلِ فى ضَمانِه ، [2]ولأنَّه مِن ضَمانِه[2] ، فيَدْخُلُ فى قَوْلِه عليه السَّلامُ : « الخَراجُ بِالضَّمانِ »[3] . وعلى الرِّوايَةِ الأُخْرَى ، هو للبائعِ ، والحُكْمُ فى ضَمانِه كالحُكْمِ فى ضَمانِ المَبِيعِ المُطْلَقِ .

فصل : وليس لواحِدٍ مِن المُتَبايِعَيْن التَّصَرُّفُ فى المَبِيعِ فى مُدَّةِ الخِيارِ ؛ لأنَّه ليس بمِلْكٍ للبائعِ فيَتَصَرَّفَ فيه ، ولا انْقَطَعَتْ عنه عَلاقَتُه فيَتَصَرَّفَ فيه المُشْتَرِى ، فإن تصَرَّفَا بغيرِ العِتْقِ ، لم يَنْفُذْ تَصَرُّفُهما لذلك . وعنه فى تَصَرُّفِ المُشْتَرِى ، أنَّه مَوْقُوفٌ ؛ إن فَسَخ البائعُ ، بَطَل ، وإن لم يَفْسَخْ ،

---

(١) فى م : « أو » .

(٢ - ٢) سقط من : م .

(٣) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى من اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبا ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢/ ٢٥٤. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى من يشترى العبد فيستغله ثم يجد به عيبا ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٢٨٥، ٢٨٦. والنسائى ، فى : باب الخراج بالضمان ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٢٣. وابن ماجه ، فى : باب الخراج بالضمان ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٥٤. والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ٤٩، ١٦١، ٢٠٨، ٢٣٧.

صَحَّ ؛ لعَدَمِ المُبْطِلِ له . ذكَرها ابنُ أبى موسى . وإن كان الخِيارُ للمُشْتَرِى وحدَه ، صحَّ لذلك .

وإن أعْتَقَ المُشْتَرِى العَبْدَ ، عَتَق ؛ لأنَّه عِتْقٌ مِن مالِكٍ تامِّ المِلْكِ ، جائزِ التَّصَرُّفِ ، فنَفَذ كما بعدَ المُدَّةِ . فإن قُلْنا : المِلْكُ للبائعِ . نفَذَ عِتْقُه . ولا يَنْفُذُ عِتْقُ مَن لا مِلْكَ له ؛ لأنَّه عِتْقٌ مِن غيرِ مالِكٍ ، فأشْبَهَ الأجْنَبِىَّ .

وفى الوَقْفِ وَجْهان ؛ أحدُهما ، هو كالعِتْقِ ؛ لأنَّه تَصَرُّفٌ يُبْطِلُ الشُّفْعَةَ[1] . والصَّحيحُ أنَّه لا يَنْفُذُ ؛ لأنَّه لا يُبْنَى على التَّغْلِيبِ ، ولا يَسْرِى إلى مِلْكِ الغَيْرِ ، أشْبَهَ البَيْعَ .

فصل : وإنْ وَطِئَ المُشْتَرِى الجارِيَةَ ، فلا حَدَّ عليه ولا مَهْرَ ، فإنْ وَلَدَتْ منه ، فالوَلَدُ حُرٌّ ، ولا تَلْزَمُه قِيمَتُه ، وتَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ ؛ لأنَّه وَطِئَ مَمْلُوكَتَه . وإن وَطِئَ البائعُ فعليه المَهْرُ ؛ لأنَّه وَطِئَ فى غيرِ مِلْكٍ . وإن عَلِم التَّحْرِيمَ ، فوَلَدُه رقيقٌ[2] لا يَلْحَقُه نسَبُه ، كما [3]لو وَطِئَ[3] بعدَ المُدَّةِ . وإنْ جَهِلَ التَّحْرِيمَ ، فلا حَدَّ عليه ، ووَلَدُه أحْرارٌ ، وعليه قِيمَتُهم يومَ الوِلادَةِ ؛ لأنَّه يَعْتَقِدُ أنَّه يُحْبِلُها فى مِلْكِه ، فأشْبَهَ المَغْرُورَ مِن أَمَةٍ ، ولا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ بحالٍ . قال بعضُ أصْحابِنا : وعليه الحَدُّ إن عَلِم التَّحْرِيمَ ، وأنَّ البَيْعَ لا يَنْفَسِخُ به . وذَكَر أنَّ أحمدَ ، رَحِمَه اللَّهُ ، نَصَّ عليه ؛ لأنَّ وَطْأَه لم يُصادِفْ مِلْكًا ، ولا شُبْهَةَ مِلْكٍ . والصَّحيحُ أنَّه لا حَدَّ عليه ؛ لأنَّ أهلَ

---

(١) بعده فى ف : « أشبه العتق » .

(٢) بعده فى م : « لأنه » .

(٣ - ٣) سقط من : ف ، م .

العِلْمِ اخْتَلفُوا فى مِلْكِه لها ، وحِلِّ وَطْئِها ، وهذه شُبْهَةٌ يُدْرَأُ الحَدُّ بها ، ولأنَّ مِلْكَه يَحْصُلُ بوَطْئِه ، فيَحْصُلُ تَمامُ وَطْئِه فى ملكِه ، فلا يجِبُ الحَدُّ به . وإن قُلْنا بالرِّوايَةِ الأُخْرَى ، انْعَكَسَتْ هذه الأحْكامُ .

فصل : وَطْءُ البائعِ فَسْخٌ للبَيْعِ ؛ لأنَّه دَلِيلٌ على الاسْتِرْجاعِ ، فأَشْبَهَ مَن أسْلَمَ على أكْثَرَ مِن أرْبَعٍ ، فوَطِئَ إحْداهُنَّ ، كان اخْتِيارًا لها . وَوَطْءُ المُشْتَرِى رِضًا بالمَبِيعِ ، وإبْطالٌ لخيارِه ؛ لذلك .

وسائرُ التَّصَرُّفاتِ المُخْتَصَّةِ بالمِلْكِ ؛ كالعِتْقِ ، والكِتابَةِ ، والبَيْعِ ، والوَقْفِ ، والهِبَةِ ، والمُباشَرَةِ ، واللَّمْسِ لشَهْوَةٍ ، ورُكُوبِ الدَّابَّةِ لسَفَرٍ أو حاجَةٍ ، والحَمْلِ عليها ، وشُرْبِ لَبَنِها ، وسُكْنَى الدَّارِ ، وحَصَادِ الزَّرْعِ ونحوِه ، إن وُجِدَ مِن المُشْتَرِى ، بَطَل خِيارُه ؛ لأنَّه يَبْطُلُ بالتَّصْرِيحِ بالرِّضا ، فبَطَلَ بدَلالَتِه ، كخِيَارِ المُعْتَقَةِ ، يَبْطُلُ بتَمْكِينِها زَوْجَها مِن وَطْئِها . وإن تَصرَّفَ البائعُ بذلك ، ففيه وَجهان ؛ أحدُهما ، هو فَسْخٌ للبَيْعِ ؛ لذلكَ . والآخَرُ ، لا يكونُ فَسْخًا ؛ لأنَّ المِلْكَ انْتَقَلَ عنه ، فلم يكنْ تَصَرُّفُه اسْتِرْجاعًا ، كمَن وَجَدَ مالَه عندَ مُفْلِسٍ فتَصرَّفَ فيه . وقال أبو الخَطّابِ : هل يكونُ تَصَرُّفُ البائعِ فَسْخًا للبَيْعِ ، وتَصَرُّفُ المُشْتَرِى رِضًا بالمبيعِ[1] وفَسْخًا لخيارِه ؟ على وَجْهَيْنِ .

وأمَّا رُكُوبُ المُشْتَرِى الدَّابَّةَ ليَنْظُرَ سَيْرَها ، وطَحْنُه على الرَّحَى

---

(١) فى س ٢، م : « بالبيع » .

ليَخْتَبِرَها ، فلا يُبْطِلُ الخِيارَ ؛ لأنَّ الاخْتِبارَ[1] هو المَقْصُودُ بالخِيارِ . وإنِ اسْتَخْدَمَ العَبْدَ ليَخْتَبِرَه ، لم يَبْطُلْ خِيارُه ؛ لذلك . وإنِ اسْتَخْدَمَه لغيرِ ذلك ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْدَاهُما ، يَبْطُلُ خِيارُه ؛ لأنَّه تَصرُّفٌ منه ، أشْبَهَ الرُّكُوبَ للدّابَّةِ[2] . والثانيةُ ، [١٤٤و] لا يَبْطُلُ ؛ لأنَّه لا يَخْتَصُّ المِلْكَ ، أشْبَهَ النَّظَرَ .

وإن قَبَّلَتِ الجاريَةُ المُشْتَرِىَ لشَهْوَةٍ ، لم يَبْطُلْ خِيارُه ؛ لأنَّها قُبْلَةٌ لأحَدِ المُتَبايِعَيْنِ ، فلم يَبْطُلْ خِيارُه ، كقُبْلَتِها للبائعِ ، ولأنَّنا لو أبْطَلْنا خِيارَه بهذا أبْطَلْناه مِن غيرِ رِضاه بالمَبِيعِ ، ولا دَلَالة عليه . ويَحْتَمِلُ أن يَبْطُلَ خِيارُه إذا لم يَمْنَعْها ؛ لأنَّ إقْرارَه عليه رِضًا به .

فصل : وإن أعْتَقَ المُشْتَرِى الجارِيَةَ ، أو اسْتَوْلَدَها ، أو أتْلَفَ[3] المبيعَ ، أو تَلِفَ فى يَدِه ، لم يَبْطُلْ خِيارُ البائعِ ؛ لأنَّه لم يُوجَدْ منه رِضًا بإبْطالِه . وله أن يَفْسَخَ ويَرْجِعَ ببَدَلِ المَبِيعِ ، وهو مثلُه إن كان مِثْلِيًّا ، وإلَّا قِيمَتُه يومَ أتْلَفَه . وعنه ، أنَّ خِيارَه يَبْطُلُ بذلك . اخْتارَها الخِرَقِىُّ ؛ لأنَّه خِيارُ فَسْخٍ ، فبَطَل بتَلَفِ المَبِيعِ ، كخِيارِ الرَّدِّ بالعَيْبِ .

فصل : وإن مات أحَدُ المُتَبايِعَيْن بَطَل خِيارُه ، ولم يَثْبُتْ لوَرَثَتِه ؛ لأنَّه حَقُّ فَسْخٍ لا يجوزُ الاعْتِياضُ عنه ، فلم يُورَثْ ، كخِيارِ الرُّجُوعِ فى الهِبَةِ .

---

(١) فى م : « الاختيار » .

(٢) سقط من : م .

(٣) فى م : « أتلفت » .

ويَتَخَرَّجُ أن يُورَثَ ؛ قِياسًا على الأَجَلِ فى الثَّمَنِ . وإن جُنَّ أو أُغْمِىَ عليه ، قام وَلِيُّه مَقامَه ؛ لأَنَّه قد تعَذَّرَ منه الاخْتِيارُ مع بَقاءِ مِلْكِه . وإنْ خَرِسَ ولم تُفْهَمْ إشارَتُه ، فهو كالمجْنونِ ، وإن فُهِمَت إشارَتُه ، قامت مَقامَ لَفْظِه . وإن مات فى خِيارِ المجْلِسِ ، بَطَل خِيارُه . وفى خِيارِ صاحبِه وَجْهَان ؛ أحدُهما ، يَبْطُلُ ؛ لأنَّ الموتَ أعْظَمُ الفُرقةِ[1] . والثانى ، لا يَبْطُلُ ؛ لأَنَّ الفُرْقَةَ بالأبْدانِ لم تَحْصُلْ . واللَّهُ أعلمُ .

(١) فى ف : « الفراق » . وفى م : « التفرق » .

بَابُ الرِّبا

الرِّبا مُحرَّمٌ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تعالى: ﴿ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾[1]. وما بعدَها مِن الآياتِ. ورُوِىَ عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال: «لَعَنَ اللَّهُ آكِلَ الرِّبَا، وَمُؤْكِلَهُ، وَشَاهِدَيْه، وكَاتِبَه». مُتَّفَقٌ عليه[2].

وهو على ضَرْبَيْنِ؛ رِبا الفَضْلِ، ورِبا النَّسِيئَةِ، والأَعْيانُ [3]المَنْصوصُ على الرِّبا فيها[3] سِتَّةٌ مذْكُورَةٌ فى حَدِيثِ عُبادَةَ بنِ الصَّامِتِ، عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال: «الذَّهَبُ بالذَّهَبِ مِثْلًا بِمِثْلٍ، والفِضَّةُ بالفِضَّةِ مِثْلًا بمِثْلٍ، والتَّمْرُ بالتَّمْرِ مِثْلًا بمِثْلٍ، والبُرُّ بالبُرِّ مِثْلًا بِمِثْلٍ، والشَّعِيرُ بالشَّعِيرِ مِثْلًا بمِثْلٍ، والمِلْحُ بالمِلْحِ مِثْلًا بمِثْلٍ، مَن زَادَ أو ازْدَادَ، فَقَدْ أَرْبَى، بِيعُوا الذَّهَبَ بالفِضَّةِ

---

(١) سورة البقرة ٢٧٥.

(٢) فى حاشية س ١: «هذا الحديث لم يخرجه البخارى، وإنما هو من أفراد مسلم، وهو من رواية جابر».

وأقرب ما ورد فى ذلك ما أخرجه مسلم عن جابر قال: لعن رسول اللَّه ﷺ آكل الربا، وموكله، وكاتبه، وشاهديه وقال: هم سواء. انظر: باب لعن آكل الربا ومؤكله، من كتاب المساقاة. صحيح مسلم ٣/١٢١٩.

كما أخرجه الإمام أحمد، فى: المسند ٣/ ٣٠٤. دون آخره.

وانظر: تحفة الأشراف ٢/٣٥٣. التلخيص الحبير ٣/ ٧. وانظر شواهد أخرى للحديث والكلام عليها فى: الإرواء ١٨٣/٥ - ١٨٦.

(٣ - ٣) فى م: «على الربا فيهما».

كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ ، وبِيعُوا البُرَّ بالتَّمْرِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ ، وبِيعُوا الشَّعِيرَ بالتَّمْرِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ » . رَواه مسلمٌ[1] .

واخْتَلَفَتِ الرِّوايَةُ فى عِلَّةِ الرِّبَا [2]ثَلاثَ رواياتٍ[2] ؛ فأشْهَرُهُنَّ ، أنَّ عِلَّتَه فى الذَّهَبِ والفِضَّةِ الوَزْنُ والجِنْسُ ، وفى غيرِهما الكَيْلُ والجِنْسُ ؛ لِما رُوِىَ عن عَمَّارٍ أنَّه قال : العَبْدُ خَيْرٌ مِن العَبْدَيْنِ ، والثَّوْبُ خَيْرٌ مِن الثَّوْبَيْنِ ، فما كانَ يَدًا بِيَدٍ فلا بَأْسَ به ، إنَّما الرِّبَا فى النَّسَاءِ ، إلَّا ما كِيلَ أو وُزِنَ[3] . ولأنَّه لو كانَتِ العِلَّةُ الطَّعْمَ لجَرَى الرِّبا فى الماءِ ؛ لأنَّه مَطْعُومٌ ، قال اللَّهُ تعالى : ﴿ وَمَن لَّمْ يَطْعَمْهُ فَإِنَّهُۥ مِنِّىٓ ﴾[4] . فعلى هذا ، يَحْرُمُ التَّفاضُلُ فى كُلِّ مَكِيلٍ أو مَوْزُونٍ مِن جِنْسٍ ، سواءٌ كان مَطْعُومًا ، كالقِطْنِيّاتِ[5] ، أو غيرَ مَطْعُومٍ ،

---

(١) فى : باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/ ١٢١٠، ١٢١١.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الصرف ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/ ٢٢٢، ٢٢٣. والترمذى ، فى : باب ما جاء أن الحنطة بالحنطة مثلا بمثل ...، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٢٤٨. والنسائى ، فى : باب بيع البر بالبر ، وباب بيع الشعير بالشعير ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٤٠ - ٢٤٢. وابن ماجه ، فى : باب الصرف وما لا يجوز متفاضلا يدا بيد ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٥٧، ٧٥٨. والدارمى ، فى : باب النهى عن الصرف ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/ ٢٥٩. والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/ ٣٢٠.

(٢ - ٢) فى الأصل ، س ١، س ٢، ف ، ب : « فيها » .

(٣) أخرجه ابن حزم ، فى : المحلى ٩/ ٥٣٢. وصححه فى الإرواء ٥/ ١٩٤.

(٤) سورة البقرة ٢٤٩.

(٥) تقدم الكلام على ضبط القطنيات والتعريف بها فى ٢/ ١٣٢.

كالأُشْنانِ ، والحَدِيدِ .

ويَجْرِى الرِّبا فيما[1] كان جِنْسُه مَكِيلًا أو مَوْزُونًا ، وإن تعَذَّرَ الكَيْلُ فيه و[2] الوَزْنُ ، إمَّا لقِلَّتِه ؛ كالتَّمْرَةِ ، والقَبْضَةِ ، وما[3] دُونَ الأُرْزَةِ مِن الذَّهَبِ والفِضَّةِ ، وإمَّا لعِظَمِه ، كالزُّبْرَةِ العَظِيمةِ ، وإمَّا للعادَةِ ، كلَحْمِ الطَّيْرِ ؛ لأَنَّه مِن جِنْسٍ فيه الرِّبا ، فجَرَى فيه الرِّبا ، كالزُّبْرَةِ العَظِيمَةِ .

وما نُسِج مِن القُطْنِ والكَتَّانِ لا رِبًا فيه . نَصَّ عليه ؛ لحَدِيثِ عَمَّارٍ . وما عُمِل [١٤٤ظ] مِن الحَدِيدِ ونحوِه إن كان يُقْصَدُ وَزْنُه ، جَرَى فيه الرِّبا ؛ لأَنَّه تُقْصَدُ زِنَتُه ، فجَرَى فيه الرِّبا ، كلَحْمِ الطَّيْرِ ، وما لا تُقْصَدُ زِنَتُه لا يجْرِى فيه الرِّبا ، كالثِّيابِ .

والرِّوايَةُ الثانيةُ ، العِلَّةُ فى الذَّهَبِ والفِضَّةِ الثَّمَنِيَّةُ غالبًا ، وفيما عَداهما كَوْنُه مَطْعُومَ جِنْسٍ ؛ لِمَا روَى مَعْمَرُ بنُ عبدِ اللَّهِ أَنَّ النبىَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ الطَّعامِ إلَّا مِثْلًا بمِثْلٍ . رَواه مسلمٌ[4] . ولأَنَّه لو كان الوَزْنُ عِلَّةً ، لم يَجُزْ إسْلامُ النَّقْدِ فى المَوْزُوناتِ ؛ لأَنَّ اجْتِماعَ المَالَيْنِ[5] فى أحَدِ وَصْفَىْ عِلَّةِ رِبَا

---

(١) فى س ١ : « فى كل ما » .
(٢) فى م : « أو » .
(٣) فى م : « إما » .
(٤) فى : باب بيع الطعام مثلا بمثل ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/ ١٢١٤ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ٤٠٠ .
(٥) سقط من : الأصل .

الفَضْلِ يَمْنَعُ النَّسَاءَ ، بدَليلِ [(1] إسْلامِ المَكِيلِ [1)] فى المَكِيلِ . فعلى هذه الرِّوايَةِ ، يَحْرُمُ التَّفاضُلُ فى كُلِّ مَطْعُومٍ بِيعَ بجِنْسِه ؛ مِن الأقْواتِ ، والآدامِ ، والفَواكِهِ ، والأدْوِيَةِ ، والأدْهَانِ المُطَيِّبَةِ وغيرِها ، وإن لم يكنْ مَكِيلًا ولا مَوْزُونًا ؛ كالبِطِّيخِ ، والرُّمّانِ ، والبَيْضِ ونحوِها .

والرِّوايَةُ الثالثةُ ، العِلَّةُ كَوْنُه مَطْعُومَ جِنْسٍ ، مَكِيلًا أو مَوْزُونًا ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ الطَّعامِ إلَّا مِثْلًا بمِثْلٍ . والمُماثَلَةُ المُعْتَبَرَةُ هى المُمَاثَلَةُ فى الكَيْلِ والوَزْنِ ، فدَلَّ على أنَّه لا يَحْرُمُ إلَّا فى مَطْعُومٍ يُكَالُ أو يُوزَنُ ، ولا يَحْرُمُ فيما لا يُطْعَمُ ؛ كالأُشْنَانِ ، والحَدِيدِ ، ولا فيما لا يُكالُ ؛ كالبِطِّيخِ ، والرُّمّانِ .

فصل : وما جَرَى فيه الرِّبا اعْتُبِرَتِ المُماثلَةُ فيه ، فى المَكِيلِ كَيْلًا ، وفى المَوْزُونِ وَزْنًا ؛ لقَوْلِ النبىِّ ﷺ : « الذَّهَبُ بالذَّهَبِ وَزْنًا بوَزْنٍ ، والفِضَّةُ بالفِضَّةِ وَزْنًا بوَزْنٍ ، والبُرُّ بالبُرِّ كَيْلًا بكَيْلٍ ، والشَّعِيرُ بالشَّعِيرِ كَيْلًا بكَيْلٍ » . رَواه الأثْرَمُ[(2)] . ولا يجوزُ بَيْعُ مَكِيلٍ بجِنْسِه وَزْنًا ، ولا مَوْزُونٍ كَيْلًا ؛ للخَبَرِ ، ولأنَّه لا يَلْزَمُ مِن تَساوِيهما فى أحَدِ المِعْيارَيْنِ التَّساوِى فى الآخَرِ ؛ لتَفاوُتِهما فى الثِّقَلِ والخِفَّةِ .

ولا يجوزُ بَيْعُ بعْضِه ببَعْضٍ جِزَافًا مِن الطَّرَفَيْنِ ، ولا مِن أحدِهما ؛ لِمَا

(1 - 1) سقط من : الأصل .

(2) وأخرجه البيهقى ، فى : باب اعتبار التماثل فيما كان موزونا على عهد النبى ﷺ ...، من كتاب البيوع . السنن الكبرى 5/ 291.

رَوَى جابِرٌ قال : نَهَى رسولُ اللَّهِ ﷺ عن بَيْعِ الصُّبْرَةِ لا يُعْلَمُ مَكِيلَتُها[1] بالكَيْلِ المُسَمَّى مِن التَّمْرِ . رَواه مسلمٌ[2] . ولأنَّ المُماثَلَةَ لا تُعْلَمُ بدُونِ الكَيْلِ مِن الطَّرَفَيْنِ ، فوَجَبَ ذلك .

وما لا يُكالُ ولا يُوزَنُ يُعْتَبَرُ التَّماثُلُ فيه بالوَزْنِ ؛ لأنَّه أحْصَرُ ، ومنه ما لَا يتَأَتَّى كَيْلُه .

فصل : والمَرْجِعُ فى الكَيْلِ والوَزْنِ إلى عادَةِ أهْلِ الحِجَازِ ؛ لقولِ النبيِّ ﷺ : « المِكْيالُ مِكْيالُ أهْلِ المَدِينَةِ ، والمِيزَانُ مِيزَانُ أهْلِ مَكَّةَ »[3] . وما لا عُرْفَ له بالحِجَازِ يُعْتَبَرُ بأشْبَهِ الأشْياءِ به بالحِجازِ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّ الحوادِثَ تُرَدُّ إلى أقْرَبِ الأشْياءِ شَبَهًا بها ، وهو القِياسُ . والثانى ، تُرَدُّ إلى عُرْفِه فى مَوْضِعِه ؛ لأنَّ ما لا حَدَّ له فى الشَّرْعِ يُرَدُّ إلى العُرْفِ ، كالقَبْضِ والحِرْزِ .

فصل : والجَيِّدُ والرَّدِىءُ ، والتِّبْرُ والمَضْرُوبُ ، والصَّحِيحُ والمَكْسُورُ ،

---

(١) فى م : « مكيلها » .

(٢) فى : باب تحريم بيع صبرة التمر المجهولة القدر بالتمر ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/ ١١٦٢، ١١٦٣.

كما أخرجه النسائى ، فى : باب بيع الصبرة من التمر لا يعلم مكيلها بالكيل المسمى من التمر ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٣٧.

(٣) أخرجه أبو داود ، فى : باب قول النبى ﷺ : المكيال مكيال المدينة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/ ٢٢٠. والنسائى ، فى : باب كم الصاع ، من كتاب الزكاة ، وفى باب الرجحان فى الوزن ، من كتاب البيوع . المجتبى ٥/ ٤٠، ٧/ ٢٥٠. والطبرانى ، فى : المعجم الكبير ١٢/ ٣٩٣. وأبو نعيم ، فى : الحلية ٤/ ٢٠. وهو صحيح . انظر : السلسلة الصحيحة ١/ ٨٦ - ٨٨، =

سَواءٌ فى جَوازِ البَيْعِ مُتَماثِلًا وتَحْرِيمِه مُتَفاضِلًا؛ للخَبَرِ، وفى بَعْضِ أَلْفاظِه: « الذَّهَبُ بالذَّهَبِ تِبْرُهَا وعَيْنُهَا[1]، والفِضَّةُ بالفِضَّةِ، تِبْرُهَا وعَيْنُهَا ». رَواه أبو داودَ[2]. وفى لَفْظٍ: « جَيِّدُهَا وَرَدِيئُها سَوَاءٌ ».

فصل: ولا يَحْرُمُ التَّفَاضُلُ إلَّا فى الجِنْسِ الواحِدِ؛ للخَبَرِ والإِجْمَاعِ، وكلُّ شَيْئَيْنِ اتَّفَقا فى الاسْمِ الخاصِّ مِن أصْلِ الخِلْقَةِ، فهما جِنْسٌ؛ كأَنْواعِ التَّمْرِ، وأَنْوَاعِ البُرِّ. وإنِ اخْتَلَفا فى الاسْمِ مِن أصْلِ الخِلْقَةِ، فهما جِنْسانِ، كالسِّتَّةِ المَذْكُورَةِ فى الخَبَرِ؛ لأَنَّ النبىَّ ﷺ حَرَّمَ الزِّيادةَ فيها إذا بِيعَ منها شىءٌ بما يُوافِقُه فى الاسْمِ، وأباحَها إذا بِيعَ بما يُخالِفُه فى الاسْمِ، فدَلَّ على أنَّ ما اتَّفَقا فى الاسْمِ جِنْسٌ، وما اخْتَلَفَا فيه جِنْسانِ. وعنه، أنَّ البُرَّ والشَّعِيرَ جِنْسٌ؛ لأَنَّ مَعْمَرَ بنَ عبدِ اللَّهِ قال [١٤٥و] لغُلامِه فيهما: لا تَأْخُذَنَّ إلَّا مِثْلًا بمِثْلٍ؛ فإنَّ النبىَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ الطَّعامِ بالطَّعَامِ[3] إلَّا مِثْلًا بمِثْلٍ، [4]وكان طعامُنا يَوْمَئِذٍ الشعيرَ[4]. رَواه مسلمٌ[5]. والمَذْهَبُ الأَوَّلُ؛ لأَنَّ النبىَّ ﷺ قال فى الأَعْيانِ السِّتَّةِ: « فإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِه الأصنافُ[6] فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُم إِذَا كَانَ يَدًا بيَدٍ ».

= الإرواء ١٩١/٥ - ١٩٣.

(١) بعده فى الأصل: « سواء ».

(٢) تقدم تخريجه عنده فى صفحة ٨٠. وهو عند النسائى فى الباب الثانى من التخريج المتقدم.

(٣) سقط من: م.

(٤ - ٤) سقط من: م.

(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٨١.

(٦) بعده فى م: « الستة ».

رَواه مسلمٌ[١] . وقال : « لَا بَأْسَ بِبَيْعِ البُرِّ بالشَّعِيرِ ، والشَّعِيرُ أكْثَرُهُمَا ، [٢]يَدًا بِيَدٍ[٢] » . رَواه أبو داودَ[٣] . وحدِيثُ مَعْمَرٍ لا بُدَّ فيه مِن إضْمارِ الجِنْسِ الواحِدِ .

فصل : والمُتَّخَذُ مِن أمْوالِ الرِّبا مُعْتَبَرٌ بأصْلِه ؛ فما أصْلُه جِنْسٌ واحدٌ ، فهو جِنْسٌ واحدٌ وإنِ اخْتَلَفتْ أسْماؤُه ، وما أصْلُه أجْناسٌ ، فهو أجْناسٌ وإنِ اتَّفقَتْ أسْماؤُه ، فدَقِيقُ الحِنْطَةِ والشَّعِيرِ جِنْسانِ ، ودُهْنُ اللَّوْزِ والجَوْزِ جِنْسانِ ، وَزَيْتُ الزَّيْتُونِ والبُطْمِ[٤] جِنْسان ، وكذلك خَلُّ العِنَبِ وخَلُّ التَّمْرِ . وعنه ، أنَّهما جِنْسٌ . والأَوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّهما فَرْعا أصْلَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ ، فكانا جِنْسَيْنِ ، كالأدِقَّةِ .

وفى اللَّحْمِ ثَلاثُ رِواياتٍ ؛ إحْدَاهُنَّ ، أنَّه كلَّه جِنْسٌ واحدٌ ؛ لأنَّه اشْتَركَ فى الاسْمِ الواحِدِ حالَ حُدوثِ الرِّبَا فيه ، فكان جِنْسًا واحِدًا ، كالتَّمْرِ . والثانيةُ ، أنَّه أرْبَعَةُ أجْناسٍ ؛ لحمُ الأنْعامِ ، ولحمُ الوَحْشِ ، ولحمُ الطَّيْرِ ، ولحمُ دَوابِّ الماءِ ؛ لأنَّها تَخْتَلِفُ مَنْفَعَتُها ، والقَصْدُ إلى أكْلِهَا ، فكانَتْ أجْناسًا . والثالثةُ ، أنَّها أجْناسٌ ؛ لأنَّها فُروعُ أجْناسٍ ، فكانَتْ أجْناسًا ، كالتَّمْرِ الهِنْدِىِّ والبَرْنِىِّ[٥] ، وبهذا يَنْتَقِضُ دليلُ الرِّوايَةِ الأُولَى ،

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٨٠.

(٢ - ٢) سقط من : م .

(٣) تقدم تخريجه عنده فى صفحة ٨٠.

(٤) البطم : شجرة من الفصيلة الفستقية ، ثمرتها خشنة مفلطحة خضراء ، تحوى غلافا خشبيا بداخله ثمرة واحدة ، تؤكل ببلاد الشام .

(٥) البرنى : ضرب من التمر أصفر مدور ، وهو أجود التمر ، واحدته برنية . لسان العرب (ب ر ن) .

والثانيةُ لا أصْلَ لها . فعلى هذه الرِّوايَةِ ، لَحْمُ بَهِيمَةِ الأنْعامِ كلِّها ثلاثَةُ أجْناسٍ ، ولَحْمُ بَقَرِ الوَحْشِ والأهْلِيَّةِ جِنْسَان ، وكلُّ ما انْفَرَدَ باسْمٍ وصِفَةٍ فهو جِنْسٌ . وقال ابنُ أبى موسى : لا خِلافَ عن أحمدَ أنَّ لحمَ الطَّيْرِ والسَّمَكِ جِنْسانِ .

وفى الألْبانِ مِن القولِ نَحْوٌ مِمَّا فى اللَّحْمِ ؛ لأنَّها مِن الحَيَواناتِ[1] يَتَّفِقُ اسْمُها ، فأشْبَهَتِ اللحمَ[2] .

فصل : واللَّحْمُ والشَّحْمُ والكَبِدُ والطِّحالُ والرِّئَةُ والكُلْيَةُ والقَلْبُ والكَرِشُ أجْناسٌ ؛ لأنَّها مُخْتَلِفَةٌ فى الاسْمِ والخِلْقَةِ . قال بعضُ أصْحابِنا : الشَّحْمُ والأَلْيَةُ جِنْسَانِ ؛ لذلك . وقالوا : اللَّحْمُ الأبْيَضُ والأحْمَرُ الذى على الظَّهْرِ والجَنْبَيْنِ جِنْسٌ ؛ لاتِّفاقِهما فى [3]الاسْمِ والمَقْصِدِ[3] . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ الشَّحْمُ الذى يَذُوبُ بالنارِ كلُّه جِنْسًا واحِدًا ؛ لاتِّفاقِهما فى اللَّوْنِ والصِّفَةِ والذَّوْبِ بالنارِ ، وقد قال اللَّهُ تعالَى : ﴿ وَمِنَ ٱلْبَقَرِ وَٱلْغَنَمِ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَآ إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَآ ﴾[4] . فاسْتَثْناه مِن الشَّحْمِ .

فصل : ولا يجوزُ بَيْعُ ما فيه رِبًا بعضِه ببعضٍ ، ومعَهما أو مع أحَدِهما مِن غيرِ جِنْسِه ، كمُدِّ بُرٍّ[5] ودِرْهَمٍ ، بمُدٍّ ودِرْهَمٍ ، أو بمُدَّيْنِ ، أو دِرْهَمَيْنِ .

---

(١) فى س ٢، ف : « الحيوان » .

(٢) سقط من : م .

(٣ - ٣) فى م : « الدسم والقصد » .

(٤) سورة الأنعام ١٤٦ .

(٥) سقط من : م ، وفى ف : « عجوة » .

وعنه ما يَدُلُّ على الجَوازِ إذا كان مع كُلِّ واحدٍ منهما مِن غيرِ جِنْسِه ، أو كان المُفْرَدُ أكْثَرَ ؛ ليكونَ الزائدُ فى مُقابَلَةِ غيرِ الجِنْسِ . والأوَّلُ المَذْهَبُ ؛ لِما روَى فَضالَةُ بنُ عُبَيْدٍ قال : أتَيْتُ[1] رسولَ اللَّهِ ﷺ بقِلادَةٍ فيها ذَهَبٌ وخَرَزٌ ، ابْتَعْتُها[2] بتِسْعَةِ دَنانِيرَ ، فقال النبىُّ ﷺ : « لَا ، حَتَّى تُمَيِّزَ بَيْنَهُمَا » . رَواه أبو داوُدَ[3] . ولأنَّ الصَّفْقَةَ إذا جَمَعَتْ شَيْئَيْن مُخْتَلِفَي القِيمَةِ ، انْقَسَمَ الثَّمَنُ عليهما [4]على قَدْرِ[4] قِيمَتِهما ، بدَليلِ ما لو اشْتَرى شِقْصًا وسَيْفًا ، فإنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُ الشِّقْصَ بقِسْطِه مِن الثَّمَنِ ، وإذا قُسِمَ الثَّمَنُ على القِيمَةِ أدَّى إلى الرِّبا ؛ لأنَّه إذا باعَ مُدًّا قِيمَتُه دِرْهَمان ، ودِرْهَمًا بمُدَّيْنِ قِيمَتُهما ثَلاثَةٌ ، حَصَل فى مُقابَلَةِ الجَيِّدِ مُدٌّ وثُلُثٌ .

فأمّا إن باع نَوْعَيْن مُخْتَلِفَي القِيمَةِ مِن جِنْسٍ بنَوْعٍ واحدٍ مِن ذلك الجِنْسِ ، كدِرْهَمٍ صحيحٍ ودِرْهَمٍ قُراضَةٍ[5] بصَحِيحَيْنِ ، فقال القاضى :

---

(١) فى الأصل ، س ١ ، س ٢ ، ب ، م : « أتى » .

(٢) فى الأصل ، س ١ ، س ٢ ، ب : « ابتاعها » ، وفى م : « ابتاعهما » .

(٣) فى : باب فى حلية السيف تباع بالدراهم ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/ ٢٢٣ ، ٢٢٤ .

كما أخرجه مسلم ، فى : باب بيع القلادة فيها خرز وذهب ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/ ١٢١٣ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى شراء القلادة وفيها ذهب وخرز ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٢٦٠ . والنسائى ، فى : باب بيع القلادة فيها الخرز والذهب بالذهب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٤٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ٢١ .

(٤ - ٤) فى س ٢ : « فى قدر » ، وفى م : « بقدر » .

(٥) القراضة : القِطَع .

الحُكْمُ فيها كالتى قبلها؛ لذلك. [١٤٥ظ] وقال أبو بَكْرٍ: يجوزُ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ: «الفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ مِثْلًا بِمِثْلٍ»[١]. ولأنَّ الجَوْدَةَ ساقِطَةٌ فيما قُوبِلَ بجِنْسِه؛ لِما تقدَّمَ. وعن أحمدَ مَنْعُ ذلك فى النَّقْدِ، وتَجْوِيزُه فى غيرِه؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ مِن اخْتِلاطِ النَّوْعَيْنِ.

فصل: ولا يجوزُ بَيْعُ خالِصِه بمَشُوبِه؛ كحِنْطَةٍ فيها شَعِيرٌ أو زُوَانٌ[٢] بخالِصَةٍ أو غيرِ خالِصَةٍ، أو لَبَنٍ مَشُوبٍ بخالِصٍ أو مَشُوبٍ، أو عَسَلٍ فى شَمْعِه بمِثْلِه، إلَّا أن يكونَ الخَلْطُ يَسِيرًا لا وَقْعَ له؛ كيَسِيرِ التُّرَابِ، والزُّوَانِ، ودَقِيقِ التُّرَابِ الذى لا يَظْهَرُ فى الكَيْلِ؛ لأنَّه لا يُخِلُّ بالتَّماثُلِ، ولا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ منه.

فصل: وما اشْتَمَلَ على جِنْسَيْنِ بأصْلِ الخِلْقَةِ، كالتَّمْرِ فيه النَّوَى، فلا بَأْسَ ببَيْعِ بعضِه ببعضٍ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ أباحَ بَيْعَ التمرِ بالتمرِ، وقد عَلِم أنَّ فى كُلِّ واحِدٍ نَوًى. ولو نُزِعَ النَّوَى ثم تُرِكَ مع التَّمْرِ، صار كمَسْأَلَةِ مُدِّ عَجْوَةٍ؛ لزَوالِ التَّبَعِيَّةِ، ولو نَزَعَ مِن أحَدِهما نَوَاهُ[٤]، ثم باعَه بتَمْرٍ فيه نَوَاهُ[٤]، فكذلك. وإن باعَ النَّوَى بمِثْلِه، أو[٥] المَنْزُوعَ بمِثْلِه، جاز؛ لأنَّه جِنْسٌ مُتَماثِلٌ. وإن باع المَنْزُوعَ وحدَه بالنَّوَى، جاز فيه التَّفاضُلُ؛ لأنَّهما

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٨٠.

(٢) الزوان والزؤان: عشب ينبت بين أعواد الحنطة غالبا حبه كحبها، إلا أنه أسود وأصفر، وهو يخالط البر فيكسبه رداءة، ويسميه أهل الشام الشَّيْلَم.

(٣) فى م: «فإنه».

(٤) فى م: «نواة».

(٥) فى م: «و».

جِنْسَانِ. وإن باع النَّوَى بتَمْرٍ فيه نَواه، فَفِيه رِوايَتان؛ إحداهما، لا يجوزُ؛ لأنَّه فى مَعْنَى[1] مَسْأَلَةِ مُدِّ عَجْوَةٍ. والثانيةُ، يجوزُ؛ لأنَّ ما فيه الرِّبا غيرُ مَقْصُودٍ فى أَحَدِ الجانِبَيْنِ، فلم يَمْنَعْ، كبَيْعِ دارٍ مُمَوَّهٍ سَقْفُها بذَهَبٍ. وكذلك يُخَرَّجُ فى بَيْعِ شَاةٍ لَبُونٍ بلَبَنٍ، أو ذَاتِ صُوفٍ بصُوفٍ، أو لَبُونٍ بمِثْلِها، فإن كانَتْ مَحْلُوبَةَ اللَّبَنِ، جاز، وَجْهًا واحدًا؛ لأنَّ الباقِىَ لا أثَرَ له، فهو كالتَّمْوِيهِ فى السَّقْفِ. ويجوزُ بَيْعُ شَاةٍ ذاتِ صُوفٍ بمِثْلِها، وَجْهًا واحدًا؛ لأنَّ ذلك لو حَرُمَ، لحَرُمَ بَيْعُ الغَنَمِ بالغَنَمِ.

قال أبو بَكْرٍ: ويجوزُ بَيْعُ نَخْلَةٍ مُثْمِرَةٍ بمِثْلِهَا [2]وبتَمْرٍ[2]؛ لأنَّ التَّمْرَ عليها غيرُ مَقْصُودٍ. ومنَعَه القاضِى؛ لكونِ الثَّمَرَةِ مَعْلُومَةً يجوزُ إفْرَادُها بالبَيْعِ، بخِلافِ اللَّبَنِ. ومَنَع القاضِى بَيْعَ اللَّحْمِ بجِنْسِه إلَّا مَنْزُوعَ العِظامِ؛ لأنَّ العَظْمَ مِن غيرِ جِنْسِ اللحمِ، فأشْبَهَ الشَّمْعَ فى العَسَلِ. ويَحْتَمِلُ الجَوازَ؛ لأنَّ العَظْمَ مِن أصْلِ الخِلْقَةِ، فأَشْبَهَ النَّوَى فى التَّمْرِ، بخِلافِ الشَّمْعِ.

فصل: وما فيه خَلْطٌ غيرُ مَقْصُودٍ لمَصْلَحَتِه؛ كالماءِ فى خَلِّ التَّمْرِ والزَّبِيبِ ودِبْسِ[3] التَّمْرِ، والمِلْحِ فى الخُبْزِ[4] والشَّيْرَجِ[5]، لا يَمْنَعُ بَيْعَه بمِثْلِه؛ لأنَّه لمَصْلَحَتِه، فأشْبَهَ رُطُوبَةَ الرُّطَبِ. ولا يجوزُ بَيْعُه بخالِصٍ؛ كخَلِّ الزَّبِيبِ بخَلِّ العِنَبِ، والخُبْزِ الرَّطْبِ باليابِسِ، كما لا يجوزُ بَيْعُ

---

(١) سقط من: م.

(٢ - ٢) فى ف: «أو بتمر».

(٣) الدبس، بالكسر: عصارة الرطب.

(٤) بعده فى م: «فى الخبيص ونحوه».

(٥) الشيرج: زيت السمسم.

الرُّطَبِ بالتَّمْرِ.

فصل: ولا يجوزُ بَيْعُ نِيئِهِ بمَطْبُوخِه، (1كالدقيقِ بالخبزِ1)؛ لأنَّ النارَ تَذْهَبُ برُطُوبَتِه، وتَعْقِدُ أجْزَاءَه، فتَمْنَعُ تَساوِيَهما. ويجوزُ بَيْعُ مَطْبُوخِه بمثلِه إذا لم يَظْهَرْ عمَلُ النارِ فى أحَدِهما أكثرَ مِن الآخَرِ؛ لتَساوِيهما فى الحالِ على وَجْهٍ لا يَنْفَرِدُ أحدُهما بالنُّقْصانِ فى ثانى الحالِ؛ كالخُبْزِ بالخُبْزِ، والشِّواءِ بالشِّواءِ[2]، والسُّكَّرِ والعَسَلِ المُصَفَّى بالنارِ بمِثْلِه.

فصل: ولا يجوزُ بَيْعُ حَبِّه بدَقِيقِه. وعنه، الجوازُ إذا تَساوَيا وَزْنًا؛ لأنَّ الدقيقَ أجْزَاءُ الحبِّ، فجازَ بَيْعُه به، كما قبلَ الطَّحْنِ. والأوَّلُ المذهبُ؛ لأنَّ البُرَّ ودَقِيقَه مَكِيلان، ولا يُباعُ[3] ما أَصْلُه الكَيْلُ بشىءٍ مِن جِنْسِه وَزْنًا، ولا يُمْكِنُ التَّساوِى فى الكَيْلِ؛ لأنَّ الطَّحْنَ فرَّقَ أجزاءَ الدَّقِيقِ ونشَرَها. ويجوزُ بَيْعُ كلِّ واحدٍ مِن الدَّقيقِ والسَّوِيقِ بمِثْلِه إذا تَساوَيا فى الكَيْلِ والنُّعُومَةِ؛ لِما ذَكَرْنا فى المَطْبُوخِ بمِثْلِه، ولا يجوزُ إذا تفَاوَتَا فى النُّعومَةِ؛ لأنَّه[4] يَمْنَعُ تَساوِيَهما فى الكَيْلِ إلَّا على قَوْلِنا: يجوزُ بَيْعُ الحَبِّ بدَقيقِه وَزْنًا.

[١٤٦و] **فصل**: ولا يجوزُ بَيْعُ أصْلِه بعَصِيرِه[5]، كالزَّيْتُونِ بزَيْتِه،

(١ - ١) زيادة من: ف.

(٢) زيادة من: ف.

(٣) فى م: «بيع».

(٤) بعده فى س ٢: «لا».

(٥) فى م: «بغيره».

والسِّمْسِمِ بالشَّيْرَجِ، والعِنَبِ بعَصِيرِه؛ لأنَّه لا يتَحَقَّقُ التَّماثُلُ بينَ العَصِيرِ وما فى أصْلِه منه. ويجوزُ بَيْعُ العَصِيرِ بالعَصيرِ؛ لِما ذكَرْنا فى المَطْبُوخِ.

ولا يجوزُ بيعُ اللَّحْمِ بحَيَوانٍ مِن جِنْسِه؛ لِما رَوَى سعيدُ بنُ المُسَيَّبِ أنَّ النبىَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ اللَّحْمِ بالحَيَوانِ. رَواه مالكٌ فى «المُوَطَّأ»[1]. ولأنَّه جِنْسٌ فيه الرِّبا بِيعَ بأصْلِه الذى فيه منه، فلم يَجُزْ، كالزَّيْتُونِ بالزَّيْتِ. وإنْ باعَ اللَّحْمَ بحَيَوانٍ لا يُؤْكَلُ، جازَ؛ لعَدَمِ ما ذكَرْنا. وإنْ باعَه بحَيوانٍ مأْكُولٍ غيرِ أصْلِه، وقُلْنا: هما جِنْسٌ واحدٌ. لم يَجُزْ، وإلَّا جاز.

فصل: ويجوزُ بَيْعُ اللَّبَنِ باللَّبَنِ، حَليبَيْنِ كانَا، أو رَائبًا وحَلِيبًا؛ لأنَّ الرائبَ لَبَنٌ خالِصٌ، إنَّما فيه حُمُوضَةٌ. ولا يجوزُ بَيْعُ لَبَنٍ بما يُسْتَخْرَجُ منه مِن زُبْدٍ وسَمْنٍ ومَخِيضٍ، ولا زُبْدٍ بسَمْنٍ؛ لأنَّه مُسْتَخْرَجٌ منه، أشْبَهَ الزَّيْتُونَ بالزَّيْتِ. وعنه، يجوزُ بَيْعُ اللَّبَنِ بالزُّبْدِ إذا كان أكثرَ[2] مِن الزُّبْدِ الذى فى اللَّبَنِ، والسَّمْنُ مِثْلُه. [3]وهذا كمسْألَةِ[3] مُدِّ عَجْوَةٍ. والظاهِرُ تَحْرِيمُه. ولا يجوزُ بَيْعُ لَبَنٍ مائعٍ بجامِدٍ؛ لأنَّهما يتفاضَلَانِ.

---

(١) فى: باب بيع الحيوان باللحم، من كتاب البيوع. الموطأ ٢/ ٦٥٥.

كما أخرجه الدارقطنى، فى: كتاب البيوع. سنن الدارقطنى ٣/ ٧١. والحاكم، فى: المستدرك ٢/ ٣٥. والبيهقى، فى: باب بيع اللحم بالحيوان، من كتاب البيوع. السنن الكبرى ٥/ ٢٩٦.

(٢) سقط من: الأصل.

(٣ - ٣) فى م: «وهكذا مسألة».

ويجوزُ بَيْعُ السَّمْنِ والزُّبْدِ والمَخِيضِ واللِّبَأ[1] ، والجُبْنِ والمَصْلِ[2] بِمِثْلِه ، إذا تَساوَيا فى الرُّطُوبَةِ والنَّشافَةِ ، ولم يَنْفَرِدْ أحدُهما بمَسِّ النارِ له . ويجوزُ بَيْعُ السَّمْنِ بالمَخِيضِ مُتَفاضِلًا ؛ لأنَّه ليس فى أحَدِهما شىءٌ مِن الآخَرِ ، وبَيْعُ الزُّبْدِ بالمَخِيضِ . نَصَّ عليه ؛ لأنَّ اللَّبَنَ فى الزُّبْدِ يَسِيرٌ غيرُ مَقْصُودٍ ، أشْبَهَ المِلْحَ فى الشَّيْرَجِ . ولا يجوزُ بَيْعُ شىءٍ مِن هذه الأنْواعِ بنَوْعٍ لم يُنْزَعْ زُبْدُه ، كالجُبْنِ والمَصْلِ ؛ لِما ذَكَرْنا فى بَيْعِه باللَّبَنِ .

فصل : ولا يجوزُ بَيْعُ رَطْبِه بيَابِسِه ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ الثمرِ[3] بالتَّمْرِ . مُتَّفَقٌ عليه[4] . وعن سَعْدِ بنِ أبى وَقَّاصٍ أنَّ النبىَّ ﷺ سُئِلَ عن بَيْعِ الرُّطَبِ بالتَّمْرِ ، فقال : « أيَنْقُصُ الرُّطَبُ إذَا يَبِسَ ؟ » . قالوا : نعم ، فنَهاهُ[5] عن ذلك . أخرجه أبو داودَ[6] . فنَهى وعلَّلَ بأنَّه يَنْقُصُ عن يابِسِه ،

---

(1) اللبأ ؛ كضلع : أول اللبن .

(2) المصل : عصارة الأقط .

(3) فى ف ، م : « الرطب » .

(4) أخرجه البخارى ، فى : باب بيع الثمر على رءوس النخل بالذهب والفضة ، من كتاب البيوع ، وفى : باب الرجل يكون له ممر أو شرب فى حائط أو فى نخل ، من كتاب الشرب . صحيح البخارى ٣/ ٩٩، ١٥١ . ومسلم ، فى : باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا فى العرايا ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/ ١١٧٠.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى بيع العرايا ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/ ٢٢٦. والترمذى ، فى : باب منه [ما جاء فى العرايا والرخصة فى ذلك] ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٣٠٧. والنسائى ، فى : باب بيع العرايا بالرطب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٣٦. كلهم من حديث سهل بن أبى حثمة .

(5) فى ف : « فنهى » .

(6) فى : باب فى التمر بالتمر ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/ ٢٢٥. =

فدَلَّ على أنَّ كلَّ رَطْبٍ يَحْرُمُ بَيْعُه بِيابِسِه ، ويجوزُ بيعُ رَطْبِهِ برَطْبِهِ ؛ لأنَّ مَفْهُومَ نَهْيِه عن بَيْعِ الثَّمَرِ[1] بالتَّمْرِ ، إباحَةُ بيعِه بمِثْلِه ، ولأنَّهما تَساوَيَا فى الحالِ على وَجْهٍ لا يتَفَرَّدُ أحدُهما بالنُّقْصانِ ، فجازَ بَيْعُه به ، كاللَّبَنِ باللَّبَنِ . وذَكَر الخِرَقِيُّ أنَّ اللَّحْمَ لا يُباعُ باللَّحْمِ إلَّا إذا تَناهَى جَفَافُه . فدَلَّ على أنَّ كلَّ رَطْبٍ لا يجوزُ بَيْعُه بمِثْلِه . اخْتارَه أبو حَفْصٍ ؛ لأنَّهما لم يَتَساوَيا حالَ الكَمالِ . والمَذْهَبُ الجوازُ . وقال القاضى : لم أجِدْ بما قال الخِرَقِيُّ رِوايةً عن أحمدَ .

فصل : ويجوزُ بَيْعُ العَرايا ، وهو بَيْعُ الرُّطَبِ على رُءُوسِ النَّخْلِ خَرْصًا بالتَّمْرِ على وَجْهِ الأرْضِ كيلًا[2] ؛ لِما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ أنَّ النبىَّ ﷺ رَخَّصَ فى العَرِيَّةِ فى[2] خَمْسَةِ أَوْسُقٍ أو[3] دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ . مُتَّفَقٌ عليه[4] .

= كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى النهى عن المحاقلة والمزابنة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٢٣٣. والنسائى ، فى : باب اشتراء التمر بالرطب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٣٦. وابن ماجه ، فى : باب بيع الرطب بالتمر ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٦١. والإمام مالك ، فى : باب ما يكره من بيع التمر ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/ ٦٢٤. والإمام أحمد ، فى : المسند ١/ ١٧٥.

(١) فى م : « الرطب » .

(٢) سقط من : م .

(٣) فى م : « فما » .

(٤) أخرجه البخارى ، فى : باب بيع الثمر على رءوس النخل بالذهب والفضة ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٣/ ٩٩. ومسلم ، فى : باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا فى العرايا ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/ ١١٧١.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى مقدار العرية ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود =

وإنّما يجوزُ بشُروطٍ خَمْسَةٍ ؛ أحدُها ، أن يكونَ دُونَ خَمْسَةِ أوْسُقٍ . وعنه ، يجوزُ فى الخَمْسَةِ ؛ لأنَّ الرُّخْصَةَ ثَبَتَت فى العَرِيَّةِ ، ثم نُهِىَ عمّا زاد على الخَمْسَةِ ، وشَكَّ الرَّاوِى فى الخَمْسَةِ ، فرُدَّتْ إلى (١أصْلِ الرُّخْصَةِ١) . والمَذْهَبُ الأَوَّلُ ؛ لأنَّ الأَصْلَ تَحْرِيمُ بَيْعِ الرُّطَبِ بالتَّمْرِ ، خُولِف(٢) فيما دُونَ الخَمْسَةِ بالخَبَرِ ، والخَمْسَةُ مَشْكُوكٌ فيها ، فتُرَدُّ إلى الأَصْلِ .

الثانى ، أن يَكونَ مُشْتَرِيها مُحْتاجًا إلى أكْلِها رُطَبًا ؛ لِما روَى محمودُ ابنُ لَبِيدٍ ، قال : قُلْتُ لزَيْدِ بنِ ثابِتٍ : ما عَراياكُم هذه ؟ فسَمَّى رِجَالًا مُحْتَاجِينَ مِن الأَنْصارِ ، شَكَوْا إلى رسولِ اللَّهِ ﷺ أنَّ الرُّطَبَ يَأْتِى ولا نَقْدَ بأيْدِيهم يَبْتاعُون به رُطَبًا يأْكُلونَه ، وعندَهم فُضُولٌ مِن التَّمْرِ ، فرَخَّصَ لهم أن يَبْتاعُوا العَرايا بخَرْصِها مِن التَّمْرِ يأْكُلُونَه رُطَبًا . مُتَّفَقٌ عليه(٣) . والرُّخْصَةُ الثابِتَةُ(٤) لحاجَةٍ لا تَثْبُتُ مع عدَمِها ، فإن تَرَكَها حتى تُتْمِرَ ، بَطَلَ البَيْعُ ؛ لعَدَمِ [١٤٦ظ] الحاجَةِ .

= ٢/ ٢٢٦. والنسائى ، فى : باب بيع العرايا بالرطب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٣٥. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٢٣٧.

(١ - ١) فى ف : « الأصل » . وفى الحاشية : « أى إلى أصل الرخصة » .

(٢) سقط من : ف ، م .

(٣) ذكره الزيلعى فى نصب الراية ٤/ ١٣، ١٤. وقال : لم أجد له سندا بعد الفحص البالغ . وذكره الإمام الشافعى ، فى : باب بيع العرايا ، من كتاب البيوع . الأم ٣/ ٤٧.

وقال ابن حجر : قال الشيخ الموفق فى الكافى بعد أن ساق هذا الحديث : متفق عليه . وهو وهم منه . التلخيص الحبير ٣/ ٣٠.

(٤) فى م : « الثانية » .

الثالثُ ، أن لا يَكُونَ له نَقْدٌ يَشْتَرِى به ؛ للخَبَرِ .

الرابعُ ، أن يَشْتَرِيَها بخَرْصِها ؛ للخَبَرِ ، ولأنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ رَخَّصَ فى العَرايا أن تُباعَ بخَرْصِها كَيْلًا . مُتَّفَقٌ عليه[1] . ولا بُدَّ أن يَكُونَ التَّمْرُ مَعْلُومًا بالكَيْلِ ؛ للخَبَرِ . وفى معنى الخَرْصِ رِوايَتان ؛ إحْداهما ، أن يَنْظُرَ كم يَجِيءُ منها تَمْرًا ، فيَبِيعَها بمثلِه ؛ لأنَّه يَخْرُصُ فى الزَّكاةِ كذلك . والثانيةُ ، يَبِيعُها بمثلِ ما فيها مِن الرُّطَبِ ؛ لأنَّ الأصْلَ اعْتِبارُ المُماثَلَةِ فى الحالِ بالكَيْلِ ، فإذا خُولِفَ الدليلُ فى أحَدِهما ، وأمْكَنَ أن لا يُخالَفَ فى الآخَرِ ، وَجَب . ولا يجوزُ بَيْعُها برُطَبٍ ولا تَمْرٍ على نَخْلٍ خَرْصًا .

الخامسُ ، أن يتقابَضا قبلَ تَفرُّقِهما ؛ لأنَّه بَيْعُ تَمْرٍ بتَمْرٍ ، فاعْتُبِرَتْ فيه أحْكامُه إلَّا ما اسْتَثْناه الشَّرْعُ . والقَبْضُ فيما على النَّخْلِ بالتَّخْلِيَةِ ، وفى التَّمْرِ باكْتِيالِه ، فإن كان حاضِرًا فى مَجْلِسِ البَيْعِ اكْتالَه ، وإن كان غائبًا مَشَيا إلى التَّمْرِ فتَسَلَّمَ . وإنْ قَبَضَه أوَّلًا ، ثم مَشَيا إلى النَّخْلَةِ ، فتَسَلَّمَها ، جازَ .

واشْتَرطَ الخِرَقِيُّ كَوْنَ النَّخْلَةِ مَوْهُوبَةً لبائعِها ؛ لأنَّ العَرِيَّةَ اسْمٌ لذلك .

واشْتَرطَ أبو بَكْرٍ والقاضى حاجَةَ البائعِ إلى بَيْعِها . وحديثُ زَيْدِ بنِ ثابتٍ يَرُدُّ ذلك ، مع أنَّ اشْتِراطَه يُبْطِلُ الرُّخْصَةَ ، إذْ لا تَتَّفِقُ الحاجَتان مع

---

(1) أخرجه البخارى ، فى : باب تفسير العرايا ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٣/ ١٠٠. ومسلم ، فى : باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا فى العرايا ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/ ١١٦٩.

كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٥/ ١٨١، ١٨٨.

سائرِ الشُّروطِ ، فتَذْهَبُ الرُّخْصَةُ . فعلى قَوْلِنا ، يجوزُ لرَجُلَين شِراءُ عَرِيَّتَيْن مِن واحدٍ ، وعلى قَوْلِهما ، لا يجوزُ إلَّا أن يَنْقُصَا بمَجْمُوعِهما عن خَمْسَةِ أوْسُقٍ . ولا يجوزُ لواحِدٍ شِراءُ عَرِيَّتَيْنِ فيهما جميعًا خَمْسَةُ أوْسُقٍ ؛ لأنَّه فى مَعْنَى شِرائِهما فى عَقْدٍ واحدٍ .

فصل : قال ابنُ حامِدٍ : لا يجوزُ بَيْعُ العَرايَا فى غيرِ ثَمَرةِ النَّخْلِ ؛ لِما رُوِىَ أنَّ النبىَّ ﷺ نَهَى عن المُزَابَنَةِ[1] ، الثَّمَرِ[2] بالتَّمْرِ ، إلَّا أصْحابَ العَرايا ، فإنَّه قد أَذِنَ لهم ، وعن بَيْعِ العِنَبِ بالزَّبِيبِ ، وعن كُلِّ[3] ثَمَرٍ بخَرْصِه . وهذا حديثٌ حسَنٌ[4] . ولأنَّ غيرَ التَّمْرِ لا يُساوِيه فى كَثْرَةِ اقْتِياتِه ، وسُهولَةِ خَرْصِه ، فلا يُقَاسُ عليه غيرُه . وقال القاضى : يجوزُ فى جميعِ الثِّمارِ ؛ لأنَّ حاجَةَ الناسِ إلى رَطْبِها كحاجَتِهم إلى الرُّطَبِ . ويَحْتَمِلُ الجوازَ فى التَّمْرِ والعِنَبِ خاصَّةً ؛ لتَساوِيهما فى وُجُوبِ الزَّكاةِ فيهما ، ووُرُودِ الشَّرْعِ بخَرْصِهما ، وكَوْنِهما مُقْتاتَيْن دُونَ غيرِهما .

فصلٌ فى رِبَا النَّسِيئَةِ : كلُّ مَالَيْن اتَّفَقا فى عِلَّةِ رِبَا الفَضْلِ ، كالمَكِيلَيْنِ والمَوْزُونَيْنِ ، أو المَطْعُومَيْنِ على الرِّوايَةِ الأُخْرَى ، لا يجوزُ بَيْعُ أحَدِهما بالآخَرِ[5] نَسَاءً ، ولا التَّفَرُّقُ قبلَ القَبْضِ ؛ لقَوْلِ النبىِّ ﷺ : « فإذَا اخْتَلَفَتْ

---

(١) بعده فى م : « بيع » .

(٢) فى الأصل ، ف : « التمر » .

(٣) فى ف : « بيع كل ذى » .

(٤) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى العرايا والرخصة فى ذلك ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٣٠٧.

(٥) سقط من : الأصل .

هَذِه الأَصْنَافُ ، فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ »[1] . وعن عُمَرَ بنِ الخَطَّابِ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، قال : قالَ رسولُ اللَّهِ ﷺ : « الذَّهَبُ بالوَرِقِ رِبًا إلَّا هاءَ وهاءَ[2] ، وَالبُرُّ بالبُرِّ رِبًا إلَّا هاءَ وهاءَ ، والشَّعِيرُ بالشَّعِيرِ رِبًا إلَّا هاءَ وهاءَ » . مُتَّفَقٌ عليه[3] . وما اخْتَلَفَتْ عِلَّتُهما ، كالمَكِيلِ بالمَوْزُونِ[4] إذا لم يَتَّفِقا فى الطَّعْمِ ، جاز التَّفَرُّقُ فيهما قبلَ القَبْضِ ، رِوايَةً واحدةً ، وفى النَّسَاءِ فيهما رِوايَتانِ .

وما لم يُوجَدْ فيه عِلَّةُ رِبَا الفَضْلِ ، كالثِّيابِ والحَيَوانِ ، ففيه رِوايَاتٌ أرْبَعٌ ؛ إحْداهُنَّ ، يَجوزُ النَّسَاءُ فيهما ؛ لِما رُوِىَ عن عبدِ اللَّهِ بنِ عَمْرٍو قال : أمَرَنِى النبىُّ ﷺ أن أسْتَسْلِفَ إبِلًا ، فكُنْتُ آخُذُ البَعِيرَ بالبَعِيرَيْن إلى مَجِىءِ المُصَدِّقِ[5] . والثانيةُ ، لا يجوزُ ؛ لِما روَى سَمُرَةُ قال : نَهَى رسولُ اللَّهِ ﷺ

---

(1) تقدم تخريجه فى صفحة ٨٠.

(2) هاء وهاء : اسم فعل أمر بمعنى خذ . يقال : هاء درهما . أى خذ درهما .

(3) أخرجه البخارى ، فى : باب ما يذكر فى بيع الطعام والحكرة ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٣/ ٨٩. ومسلم ، فى : باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/ ١٢٠٩، ١٢١٠.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الصرف ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/ ٢٢٢. والنسائى ، فى : باب بيع التمر بالتمر متفاضلا ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٤٠. وابن ماجه ، فى : باب صرف الذهب بالورق ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٥٩، ٧٦٠. والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الصرف ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/ ٦٣٦، ٦٣٧. والإمام أحمد ، فى : المسند ١/ ٢٤، ٣٥، ٤٥.

(4) فى م : « والموزون » .

(5) فى م : « إبل الصدقة . من المسند » .

والحديث أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرخصة فى الحيوان بالحيوان نسيئة ، من كتاب =

عن بَيْعِ الحَيَوانِ بالحَيَوانِ نَسِيئَةً. قال التِّرْمِذِىُّ[1]: هذا حديثٌ صحيحٌ. والثالثةُ، يَحْرُمُ النَّساءُ فى الجِنْسِ الواحِدِ؛ لهذا الخَبَرِ، ويُبَاحُ فى الجِنْسَيْنِ عَمَلًا بمَفْهُومِه. والرابِعَةُ، يُبَاحُ مع التَّسَاوِى، ويَحْرُمُ مع التَّفاضُلِ فى الجِنْسِ الواحدِ؛ [١٤٧و] لِما رَوَى جابِرٌ أنَّ النبىَّ ﷺ قال: «الحَيَوانُ اثْنانِ[2] بواحِدٍ لا يَصْلُحُ[3] نَساءً، ولَا بَأْسَ به يَدًا بيَدٍ». قال التِّرْمِذِىُّ[4]: هذا حديثٌ حسنٌ. وعن ابنِ[5] عُمَرَ أنَّ رَجُلًا قال: يا رسولَ اللَّهِ، أرَأَيْتَ الرَّجُلَ يَبِيعُ الفَرَسَ بالأفْرَاسِ، والنَّجِيبَةَ بالإِبِلِ؟ فقال: «لا بَأْسَ[6] إذَا كان

= البيوع. سنن أبى داود ٢/ ٢٢٥. والبيهقى، فى: السنن الكبرى ٥/ ٢٨٧، ٢٨٨. والدارقطنى، فى: سننه ٣/ ٦٩.

(١) فى: باب ما جاء فى كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، من أبواب البيوع. عارضة الأحوذى ٥/ ٢٤٦.

كما أخرجه أبو داود، فى: باب فى الحيوان بالحيوان نسيئة، من كتاب البيوع. سنن أبى داود ٢/ ٢٢٤. والنسائى، فى: باب بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، من كتاب البيوع. المجتبى ٧/ ٢٥٧. وابن ماجه، فى: باب الحيوان بالحيوان نسيئة، من كتاب التجارات. سنن ابن ماجه ٢/ ٧٦٣. والدارمى، فى: باب النهى عن بيع الحيوان بالحيوان، من كتاب البيوع. سنن الدارمى ٢/ ٢٠٤.

(٢) سقط من: م.

(٣) بعده فى ف: «أن يكون».

(٤) فى: باب ما جاء فى كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، من أبواب البيوع. عارضة الأحوذى ٥/ ٢٤٧.

كما أخرجه ابن ماجه، فى: باب الحيوان بالحيوان نسيئة، من كتاب التجارات. سنن ابن ماجه ٢/ ٧٦٣.

(٥) سقط من: م.

(٦) بعده فى م: «به».

يَدًا بيَدٍ » . روَاه أحمدُ فى « المُسْنَدِ »[1] . ولا خِلافَ فى جَوازِ الشِّراءِ بالأَثْمَانِ نَساءً مِن سائرِ الأمْوَالِ ، مَوْزُونًا كان أو غيرَه ؛ لأنَّها رُءوسُ الأمْوالِ ، فالحاجَةُ داعِيَةٌ إلى الشِّراءِ بها نَساءً وناجِزًا .

فصل : فإن تَفَرَّقَا قبلَ القَبْضِ [2]فيما يُشْتَرَطُ القَبْضُ[2] فيه ، بَطَل العَقْدُ ، وإن تفَرَّقا قبلَ قَبْضِ بَعْضِه ، بَطَل فى غيرِ المَقْبُوضِ ، وفى المَقْبُوضِ وَجْهانِ ؛ بِناءً على تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ . وما وَجَب التَّماثُلُ فيه إذا بِيعَ عَيْنًا بعَيْنٍ ، فوَجَد فى أحَدِهما عَيْبًا مِن غيرِ جِنْسِه ، بَطَل البَيْعُ[3] ؛ لأنَّه يُفَوِّتُ التَّماثُلَ المُشْتَرَطَ ، وإن كان البَيْعُ فى الذِّمَّةِ ، جاز إبْدالُه قبلَ التَّفَرُّقِ . وهل يجوزُ بعدَ التَّفَرُّقِ ؟ فيه رِوايَتانِ ؛ إحْداهما ، يجوزُ إذا أَخَذَ البَدَلَ فى مَجْلِسِ الرَّدِّ ؛ لأنَّ قَبْضَ بدَلِه يقُومُ مَقامَه . والثانيةُ ، يَبْطُلُ العَقْدُ برَدِّه ؛ لأنَّهما تفَرَّقا قبلَ قَبْضِ العِوَضِ ، وإن كان عَيْبُه لمَعْنًى لا يَنْقُصُ ذاتَه ، كالسَّوادِ فى الفِضَّةِ ، والخُشُونَةِ فيها ، فالعَقْدُ صحيحٌ ، وليس له أَخْذُ الأَرْشِ ؛ لأنَّه يُخِلُّ بالتَّماثُلِ ، وله الخِيارُ بينَ فَسْخِ العَقْدِ أو الإمْساكِ ، وليس له[4] البدَلُ إن كان البَيْعُ[5] عَيْنًا بعَيْنٍ . وإن كان البَيْعُ فى الذِّمَّةِ ، فحُكْمُه حُكْمُ القِسْمِ الذى قبلَه . فأمّا ما لا يَجِبُ التَّماثُلُ فيه ، فله أَخْذُ أَرْشِه ؛ لأنَّ التَّفاضُلَ فيه جائزٌ ، وحُكْمُه فيما[6] سِوَى ذلك حُكْمُ ما قبلَه .

---

(١) ٢/ ١٠٩.

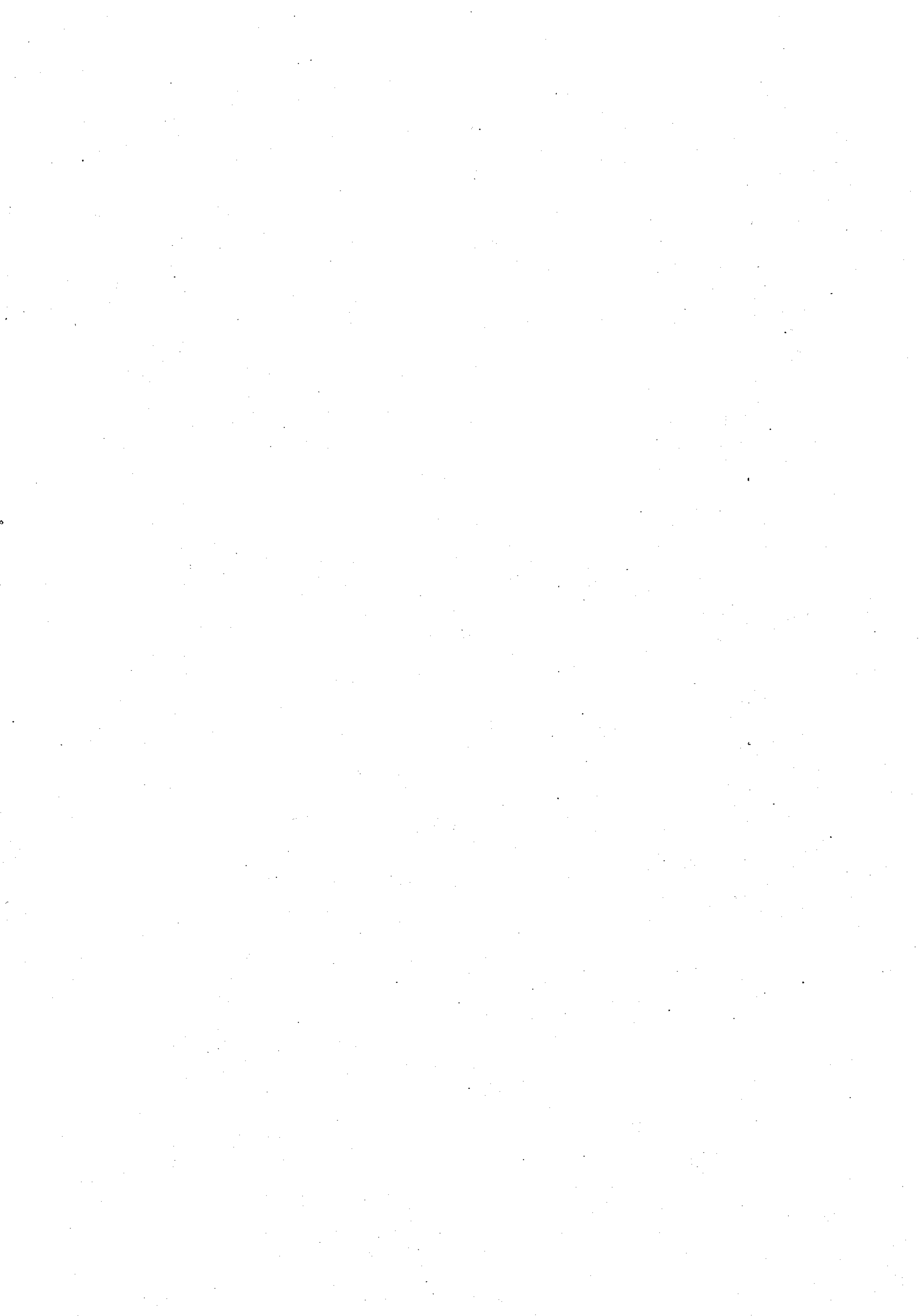
(٢ - ٢) سقط من : م .

(٣) فى م : « المبيع » .

(٤) بعده فى ف : « أخذ » .

(٥) فى ب : « المبيع » .

(٦) فى الأصل : « فى سائر ما » .



بابُ بَيْعِ الأُصولِ

مَن باع نَخْلًا مُؤَبَّرًا فثَمَرَتُها للبائعِ، إلَّا أن يَشْتَرِطَها المُبْتاعُ، فتكونَ له، وإن لم تُؤَبَّرْ، فهى للمُشْتَرِى، إلَّا أن يَشْتَرِطَها البائعُ، فتكونَ له؛ لِما رَوَى ابنُ عُمَرَ أنَّ النبىَّ ﷺ قال: «مَن باع نَخْلًا بعدَ أن تُؤَبَّرَ، فَثَمَرَتُهَا للبائعِ، إلَّا أَنْ يَشْتَرِطَها المُبْتَاعُ». مُتَّفَقٌ عليه[1]. فجَعَل المُؤَبَّرَةَ للبائعِ، فدَلَّ على أنَّ غيرَ المُؤَبَّرَةِ للمُبْتاعِ، ولأنَّها قبلَ التَّأْبِيرِ نَماءٌ كامِنٌ، لظُهورِه غايَةٌ، فتَبِع الأَصْلَ قبلَ ظُهورِه ولم يَتْبَعْه بعدَه، كالحَمْلِ.

---

(١) أخرجه البخارى، فى: باب من باع نخلا قد أبرت أو أرضا مزروعة أو بإجارة، وباب بيع النخل بأصله، من كتاب البيوع، وباب الرجل يكون له ممر أو شرب فى حائط أو فى نخل، من كتاب المساقاة. وباب إذا باع نخلا قد أبرت، من كتاب الشروط. صحيح البخارى ٣/ ١٠٢، ١٥٠، ١٥١، ٢٤٧. ومسلم، فى: باب من باع نخلا عليها ثمر، من كتاب البيوع. صحيح مسلم ٣/ ١١٧٢، ١١٧٣.

كما أخرجه أبو داود، فى: باب فى العبد يباع وله مال، من كتاب الإجارة. سنن أبى داود ٢/ ٢٤٠. والترمذى، فى: باب ما جاء فى ابتياع النخل بعد التأبير والعبد وله مال، من أبواب البيوع. عارضة الأحوذى ٥/ ٢٥٢، ٢٥٣. والنسائى، فى: باب النخل يباع أصلها ويستثنى المشترى ثمرها، وباب العبد يباع ويستثنى المشترى ماله، من كتاب البيوع. المجتبى ٧/ ٢٦٠، ٢٦١. وابن ماجه، فى: باب ما جاء فى من باع نخلا مؤبرا أو عبدا له مال، من كتاب التجارات. سنن ابن ماجه ٢/ ٧٤٥، ٧٤٦. والإمام مالك، فى: باب ما جاء فى ثمر المال يباع أصله، من كتاب البيوع. الموطأ ٢/ ٦١٧. والإمام أحمد، فى: المسند ٢/ ٦، ٩، ٥٤، ٦٣، ٧٨، ٨٢، ١٠٢، ١٥٠، ٥/ ٣٢٦.

وطَلْعُ الفُحَّالِ[1] كغيرِه. ويَحْتَمِلُ أنَّه للبائعِ قبلَ تشَقُّقِه ؛ لأنَّه يُؤْخَذُ[2] كذلك، والطَّلْعُ ظاهِرٌ، فهو كالتِّينِ. والصحيحُ الأَوَّلُ ؛ للخَبَرِ، ولأنَّ المَقْصُودَ [3]ما في[3] داخِلِ الطَّلْعِ للتَّلْقِيحِ ولم يَظْهَرْ، فيَتْبَعُ الأَصْلَ، كطَلْعِ الإناثِ.

فإن أُبِّرَ بعضُ الحائطِ دُونَ بَعْضٍ، فما أُبِّرَ للبائعِ، وما لم يُؤَبَّرْ للمُشْتَرِي، في ظاهِرِ كلامِ أحمدَ، وقولِ أبي بكرٍ ؛ للخَبَرِ. وقال ابنُ حامِدٍ : الكلُّ للبائعِ ؛ لأنَّ اشْتِراكَهما في الثَّمَرَةِ يُؤَدِّي إلى الضَّرَرِ واخْتِلافِ الأيْدِي، فجَعَلْنا ما لم يَظْهَرْ تَبَعًا للظاهِرِ، كأساساتِ الحِيطانِ تَتْبَعُ الظاهِرَ منها، ولم نَجْعَلِ الظاهِرَ تَبَعًا للباطِنِ، كما لا تَتْبَعُ الحِيطَانُ الأَساسَ في مَنْعِ البَيْعِ للجَهالَةِ. وإن كان المَبِيعُ حائطَيْنِ، لم يَتْبَعْ أحدُهما صاحِبَه ؛ لأنَّه لا[4] يُفْضِي إلى سُوءِ المُشارَكَةِ ؛ لانْفِرادِ أحَدِهما مِن[5] الآخَرِ.

فإن أُبِّرَ نَوْعٌ مِن الحائطِ، لم يَتْبَعِ النَّوْعَ الآخَرَ في قولِ القاضِي ؛ لأنَّ النَّوْعَيْن يَخْتَلِفان في التَّأْبِيرِ. وقال أبو الخَطَّابِ : يَتْبَعُه ؛ لِئَلَّا يُفْضِيَ إلى سُوءِ المُشارَكَةِ في الجِنْسِ الواحِدِ. وإن أُبِّرَ بعضُ ما في الحائطِ، فأُفْرِدَ بالبَيْعِ ما لم يُؤَبَّرْ، فهو للمُشْتَرِي ؛ لأنَّه لم يُؤَبَّرْ منه شَيْءٌ، وإن أُبِّرَ بعضُ

---

(١) الفحال، بضم الفاء المعجمة وتشديد الحاء : ذكر النخل.

(٢) في ف : « يوجده »، وفي م : « يوجد ».

(٣ - ٣) في م : « فيما ».

(٤) سقط من : س ٢، م.

(٥) في م : « عن ».

الحائطِ فباعَه، ثم أطْلَعَ الباقى فى يَدِ المُشْتَرِى، [١٤٧ظ] فالطَّلْعُ له؛ لأنَّه حادِثٌ فى مِلْكِه، فكان له، كما لو لم يُؤَبَّرْ منه شىءٌ.

فصل: وكلُّ عَقْدٍ ناقِلٍ للأَصْلِ، كجَعْلِه صَداقًا، أو[1] عِوَضَ خُلْعٍ، أو أُجْرَةً، أو هِبَةً، [2]أو رهنًا[2]، كالبَيْعِ فيما ذكَرْنا؛ لأنَّه عَقْدٌ يُزِيلُ المِلْكَ عن الأصْلِ، فأزالَه عن الثَّمَرَةِ قبلَ الظُّهورِ، كالبَيْعِ.

فصل: وسائرُ الشَّجَرِ على سِتَّةِ أضْرُبٍ؛ أحدُها، ما يُقْصَدُ زَهْرُه؛ كالوَرْدِ، والقُطْنِ الذى يَبْقَى أعْوامًا، فهو كالنَّخْلِ؛ إن تفتَّحَتْ أكْمامُه وتشَقَّقَ جَوْزُه، فهو للبائعِ، وإلَّا فهو للمُشْتَرِى، كالطَّلْعِ سَواءً.

الضَّرْبُ الثانى، ما له ثَمَرَةٌ بارِزَةٌ، كالعِنَبِ والتِّينِ، فما كان منه ظاهِرًا فهو للبائعِ؛ لأنَّها ثَمَرَةٌ ظاهِرَةٌ، فهى للبائعِ[3] كالطَّلْعِ المُؤَبَّرِ، وما ظَهَر بعدَ العَقْدِ، فهو للمُشْتَرِى؛ لأنَّه حَدَث فى مِلْكِه.

الثالثُ، ما له قِشْرٌ لا يُزالُ إلَّا عندَ الأَكْلِ، كالرُّمّانِ والمَوْزِ، فهو للبائعِ إن كان ظَهَر؛ لأنَّ قِشْرَه مِن مَصْلَحَتِه، فهو كأجْزاءِ الثَّمَرَةِ.

الرابعُ، ما له قِشْرانِ، كالجَوْزِ واللَّوْزِ، فهو للبائعِ بنَفْسِ الظُّهورِ؛ لأنَّ قِشْرَه[4] لا يُزايِلُه فى الغالِبِ إلَّا بعدَ جَذاذِه[5]، فهو كالرُّمّانِ. وقال بعضُ

---

(١) فى م: «و».

(٢ - ٢) زيادة من: س ٢، ف.

(٣) زيادة من: س ١.

(٤) بعده فى س ٢: «من مصلحته».

(٥) فى س ١، ب: «جداده».

أصْحابِنا : إن تشَقَّقَ قِشْرُه الأعْلَى ، فهو للبائعِ ، وإلَّا فهو للمُشْتَرِى ؛ لأنَّه لا يُدَّخَرُ فى قِشْرِه الأعْلَى ، بخِلافِ الرُّمّانِ .

الخامِسُ ، ما[1] يَظْهَرُ ثَمَرُه فى نَوْرِه ، ثم يَتَناثَرُ نَوْرُه فيَظْهَرُ ، كالتُّفَّاحِ والمِشْمِشِ[2] ، فما تَناثَرَ نَوْرُه ، فهو للبائعِ ، وما لم يَتناثَرْ ، فهو للمُشْتَرِى ؛ لأنَّه لا يَظْهَرُ إلَّا بعدَ تَناثُرِ نَوْرِه ، فكانَ[3] كتَأْبِيرِ النَّخْلِ . ويَحْتَمِلُ أنَّه للبائعِ بظُهورِ نَوْرِه ؛ لأنَّ اسْتِتارَ الثَّمَرَةِ بالنَّوْرِ ، كاسْتِتارِ ثَمَرةِ النَّخْلِ بعدَ التَّأْبِيرِ بالقِشْرِ الأبْيَضِ .

السادِسُ ، ما يُقْصَدُ ورَقُه ، كالتُّوتِ ، فيَحْتَمِلُ أنَّه للمُشْتَرِى بكلِّ حالٍ ؛ قِياسًا على سائرِ الوَرَقِ . ويَحْتَمِلُ أنَّه إن تفَتَّحَ ، فهو للبائعِ ، وإلَّا فهو للمُشْتَرِى ؛ لأنَّه هـٰهُنا كالثَّمَرِ .

فصل : وإذا اشْتَرَى شَجَرًا عليه ثَمَرَةٌ للبائعِ ، لم يُكَلَّفْ نَقْلَها إلى أوانِ جَذاذِها[4] ؛ لأنَّ نَقْلَ المَبِيعِ على حَسَبِ العادَةِ ، ولهذا لو اشْتَرَى مَتاعًا ليلًا ، لم يُكَلَّفْ نَقْلَه حتى يُصْبِحَ ، ولو باعَ مَتاعًا كثيرًا فى دارٍ ، لم يُكَلَّفْ تَفْرِيغَها إلَّا على العادَةِ ، ولم يَلْزَمْه جَمْعُ دَوابِّ البَلَدِ لنَقْلِه دَفْعَةً واحِدَةً ، فإذا بَلَغَ الجِذاذَ[5] ، كُلِّفَ نقْلَه وإنْ كانَ بَقاؤُه أنْفَعَ له ؛ لأنَّه أمْكَنَ نقْلُه

---

(١) بعده فى الأصل : « لم » .

(٢) مثلثة الميمين .

(٣) فى ف : « فهو » .

(٤) فى الأصل ، س ١ ، س ٢ ، ب : « جدادها » .

(٥) فى الأصل ، س ١ ، س ٢ ، ب : « الجداد » .

عادَةً . وإن أصابَ الشَّجَرَ عَطَشٌ خِيفَ هَلاكُه ببَقائِه عليه ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا يَلْزَمُ قَطْعُه ؛ لأنَّهما دَخَلا فى العَقْدِ على تَرْكِ الثَّمَرَةِ إلى أوانِ الجَذاذِ . والثانى ، يَلْزَمُ قَطْعُه ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ رَضِىَ بذلك إذا لم يَضُرَّ به ، وهذا فيه ضَرَرٌ كثيرٌ . وإن أرادَ أحدُهما سَقْىَ ما له لمَصْلَحَتِه ، فله ذلك وإنْ أضَرَّ بصاحبِه ؛ لأنَّه رَضِىَ بالضَّرَرِ ، لعِلْمِه أنَّه لابُدَّ مِن السَّقْيِ ، وإن سَقَى لغيرِ مَصْلَحَتِه ، لم يُمَكَّنْ منه ؛ لأنَّه سَفَهٌ .

فصل : وإذا باع أرْضًا بحُقُوقِها ، دَخَل ما فيها مِن غِراسٍ وبِناءٍ فى البَيْعِ . وإن لم يَقُلْ : بحُقُوقِها . ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يَدْخُلُ أيضًا ؛ لأنَّه مُتَّصِلٌ بها للبَقاءِ ، فهو كأجْزائِها . والثانى ، لا يَدْخُلُ ؛ لأنَّ الأَرْضَ اسْمٌ للعَرْصَةِ دُونَ ما فيها . وإن قال : بِعْتُكَ هذا البُسْتانَ . دَخَل الجميعُ فى البَيْعِ ؛ لأنَّ البُسْتانَ اسْمٌ للأرْضِ ذاتِ الشَّجَرِ .

وإن باع الأرْضَ وفيها زَرْعٌ لا يُحْصَدُ إلَّا مَرَّةً ؛ كالحِنْطَةِ ، والشَّعِيرِ ، والجزَرِ ، والفُجْلِ ، لم يَدْخُلْ فى البَيْعِ ؛ لأنَّه (1) نماءٌ ظاهِرٌ ، لفَصْلِه غايةٌ ، فلم يَدْخُلْ فى بَيْعِ الأرضِ ، كالطَّلْعِ المُؤَبَّرِ . وسواءٌ كان نابتًا أو بَذْرًا ؛ لأنَّ البَذْرَ (1) مُودَعٌ فى الأرْضِ ، فلم يَدْخُلْ فى بَيْعِها ، كالرِّكازِ . ويكونُ [١٤٨و] الزَّرْعُ مُبَقًّى إلى حينِ الحَصادِ ، كما أنَّ الثَّمَرَةَ تُبْقَى إلى حينِ الجَذاذِ . فإن أرادَ البائعُ قَطْعَه قبلَ وَقْتِه ليَنْتَفِعَ بالأرْضِ ، لم يكنْ له ذلك ؛ لأنَّ مَنْفَعَةَ الأَرْضِ إنَّما حَصَلَت مُسْتَثْناةً عن مُقْتَضَى العَقْدِ ضَرُورَةَ إبْقاءِ الزَّرْعِ ،

(١ - ١) سقط من : م .

فتقَدَّرَتْ ببَقائِه ، كما لو باع دارًا فيها مَتاعٌ لا يُنْقَلُ فى العادَةِ إلَّا فى شَهْرٍ ، فيُكَلَّفُ نَقْلَه فى يَوْمٍ ، لينْتفِعَ بها فى بَقِيَّتِه .

والحَصادُ على البائعِ ، وعليه[1] إزالَةُ ما يَبْقَى مِن عُروقِه المُضِرَّةِ بالأرْضِ ، وتَسْوِيَةُ حُفَرِه ؛ لأنَّه حَصَل بفِعْلِه لاسْتِصْلَاحِ مِلكِه[2] ، فأشْبَهَ مَن باع دارًا فيها حَجَرٌ للبائعِ ، فقَلَعَه ، فتَحفَّرَتِ الأَرْضُ .

وإنِ اشْتَرطَها المُشْتَرِى فى البيعِ ، كانَت له ، كالثَّمَرَةِ المُؤَبَّرَةِ ، ولا تَضُرُّ جَهالَتُه ؛ لأنَّه دخَلَ فى البَيْعِ تَبَعًا للأرْضِ ، فأشْبَهَ الثَّمَرَةَ بعدَ تأْبِيرِها . وإن لم يَعْلَمِ المُشْتَرِى بالبَذْرِ ، فله الخِيارُ ؛ لأنَّه عَيْبٌ فى حَقِّه ؛ لِما يُفَوِّتُ عليه مِن نَفْعِ الأرْضِ . فإن قال البائعُ : أنا أُحَوِّلُه على وَجْهٍ لا يَضُرُّ . وفَعَل ، سَقَط الخِيارُ ؛ لزَوالِ العَيْبِ .

وإنِ اشْتَرَى نَخْلًا ذاتَ طَلْعٍ مُؤَبَّرٍ لم يَعْلَمْ تَأْبِيرَه ، فله الخِيارُ أيضًا . وإن بَذَل البائعُ قَطْعَه ، لم يَسْقُطِ الخِيارُ ؛ لأنَّ الضَّرَرَ لا يزولُ بقَطْعِه ؛ لأنَّه يُفَوِّتُ عليه ثَمَرَتَه عامًا .

فصل : وإن كان فى الأَرْضِ ما له أصْلٌ يُجَزُّ مَرَّةً بعدَ أُخْرَى ، فالجَزَّةُ الظاهِرَةُ عندَ البَيْعِ للبائعِ ، والأُصُولُ للمُشْتَرِى ، سَواءٌ كان مِمَّا يَبْقَى عامًا ، كالهِنْدِبَا[3] ، أو أكْثَرَ ، كالرَّطْبَةِ[4] ؛ لأنَّ أُصُولَه تُرِكَتْ للبَقاءِ ، .فهى

---

(١) بعده فى م : « أجرة » .

(٢) فى م : « نفسه » .

(٣) الهندبا : بقل زراعى ، يطبخ ورقه ، أو يجعل مشهيا .

(٤) الرطبة : ما أكل من النبات غضا ، ولا يدخر ولا يبقى ، كالفاكهة .

كالشَّجرِ . وما ظَهَر منه وجَرَتِ العادَةُ بأَخْذِه ، فهو كالثَّمَرَةِ المُؤَبَّرَةِ ، وعلى البائعِ قَطْعُه فى الحالِ ؛ لأنَّه لا حَدَّ له يَنْتَهِى إليه ، ولأنَّه يطُولُ ، والزِّيادَةُ للمُشْتَرِى .

وما تتَكَرَّرُ ثَمَرتُه مع بَقَاءِ أصْلِه ؛ كالقِثّاءِ ، والباذِنْجانِ ، والبِطِّيخِ ، أو يُقْصَدُ زَهْرُه ، كالبَنَفْسَجِ ونَحْوِه ، فكذلك ، الأُصولُ للمُشْتَرِى ، وثَمَرتُه الظاهِرَةُ وزَهْرَتُه للبائعِ ؛ لأنَّه تُؤْخَذُ ثَمَرتُه مع بَقاءِ أصْلِه ، فهو كالبُقُولِ .

فصل : وإن كان فى الأرْضِ حِجارَةٌ مَدْفُونَةٌ أو رِكازٌ ، لم يَدْخُلْ فى البَيْعِ ؛ لأنَّه ليس مِن أجْزَائِها ، إنَّما هو مُودَعٌ فيها للنَّقْلِ عنها ، فهو كالقُماشِ . فإن كانَتِ الأحْجارُ مِن نَفْسِ الأَرْضِ ، أو أساساتِ الحِيطانِ ، أو كان فيها مَعْدِنٌ باطِنٌ ، كمَعْدِنِ الذَّهَبِ والفِضَّةِ ، دَخَل فى البَيْعِ ؛ لأنَّه مِن أجْزائِها ، أو مَتْرُوكٌ للبَقاءِ فيها ، فهو كالبِناءِ .

فصل : وإن باعه دارًا ، دَخَل فيها ما اتَّصَلَ بها ؛ كالرُّفُوفِ المُسَمَّرَةِ ، والخَوابِى[1] المَدْفُونَةِ فيها للانْتِفاعِ بها ، والحَجَرِ السُّفْلَانِىِّ مِن الرَّحى المَنْصُوبِ ، والأبْوابِ المَنْصوبَةِ . وفى الحَجَرِ الفَوْقَانِىِّ والمِفْتاحِ وَجْهان ؛ أحدُهما ، يَدْخُلُ ؛ لأنَّه مِن [2]مَصْلَحَةِ ما هو داخِلٌ فى البيعِ[2] ، فهو كالبابِ . والثانى ، لا يَدْخُلُ ؛ لأنَّه يَنْفَرِدُ عنه ، فهو كالدَّلْوِ .

وما هو مُنْفَصِلٌ عنها مِمّا ليس [3]مِن مصْلَحَتِها[3] ؛ كالدَّلْوِ ، والحَبْلِ ،

---

(١) الخوابى ؛ جمع خابية : وهى وعاء الماء الذى يحفظ فيه .

(٢ - ٢) فى م : « مصلحتها ، فأشبه المنصوب فيها » .

(٣ - ٣) فى م : « لمصلحتها » .

والبَكَرَةِ ، والقُفْلِ ، لم يَدْخُلْ فى البَيْعِ ؛ لأنَّه مُنْفَصِلٌ عنها غيرُ مُخْتَصٌّ بمَصْلَحَتِها ، أشْبَهَ الفُرُشَ التى فيها .

وإن باعَه قَرْيَةً لم تَدْخُلْ مَزارِعُها فى البَيْعِ إلَّا بذِكْرِها ؛ لأنَّ القَرْيَةَ اسْمٌ للأبْنِيَةِ دُونَ المَزارِعِ .

بَابُ بَيْعِ الثِّمارِ

لا يجوزُ بَيْعُ الثَّمَرِ والزَّرْعِ قبلَ بُدُوِّ الصَّلاحِ مِن غيرِ شَرْطِ القَطْعِ ؛ لِما رَوَى ابنُ عُمَرَ أنَّ النبيَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ الثِّمارِ حتى يَبْدُوَ صَلاحُها . مُتَّفَقٌ عليه[1] . وفي لَفْظٍ : نَهَى عن بَيْعِ الثِّمارِ حتى تَزْهُوَ ، وعن بَيْعِ السُّنْبُلِ حتى يَبْيَضَّ ويَأْمَنَ[2] العَاهَةَ . رَوَاه مسلمٌ[3] . ولأنَّ في بَيْعِه غَرَرًا[4] [١٤٨ظ] مِن

---

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٣/ ١٠١. ومسلم ، فى : باب النهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/ ١١٦٥، ١١٦٦.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/ ٢٢٧. وابن ماجه ، فى : باب النهى عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٤٦، ٧٤٧. والدارمى ، فى : باب فى النهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/ ٢٥١، ٢٥٢. والإمام مالك ، فى : باب النهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/ ٦١٨. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٧، ٦٢، ١٢٣.

(٢) بعده فى م : « من » .

(٣) فى : باب النهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها ...، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/ ١١٦٥، ١١٦٦.

كما أخرجه أبو داود، فى: باب فى بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ...، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/ ٢٢٧. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٢٣٤. والنسائى ، فى : باب بيع السنبل حتى يبيض ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٣٨. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٥.

(٤) فى م : « ضررا » .

غيرِ حاجَةٍ ، فلم يَجُزْ ، كما لو شَرَط التَّبْقِيَةَ . فإن باعَها بشَرْطِ القَطْعِ ، جاز ؛ لأنَّه يأْخُذُها قبلَ تَلَفِهَا فيأْمَنُ الغَرَرَ .

وإن باعَها لمالِكِ الأَصْلِ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، يَصِحُّ ؛ لأنَّها تَحْصُلُ لمالِكِ الأصْلِ ، فجاز ، كما لو باعَهما معًا . والثانى ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه أفْرَدَها بالعَقْدِ ، أشْبَهَ ما لو باعَها لغيرِه ، وإنَّما يَصِحُّ إذا باعَهما ؛ لأنَّها تَدْخُلُ تَبَعًا ، كالحَمْلِ مع أُمِّه .

وإذا بَدا الصَّلاحُ ، جازَ بَيْعُها بشَرْطِ القَطْعِ ، ومُطْلَقًا ، وبشَرْطِ التَّبْقِيَةِ ؛ للخَبَرِ ، ولأنَّه أمِنَ العاهَةَ ، فجاز بَيْعُه ، كسائرِ الأمْوالِ .

فصل : وبُدُوُّ الصَّلاحِ فى ثَمَرَةِ النَّخْلِ أن يَحْمَرَّ أو يَصْفَرَّ ، وفى العِنَبِ أن يَسْوَدَّ أو يَتَمَوَّهَ ، وفى الحَبِّ أن يَشْتَدَّ أو يَبْيَضَّ ، وفى سائرِ الثِّمارِ أن يَبْدُوَ فيه النُّضْجُ ، أو يَطِيبَ أكْلُه[1] ؛ لِما رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ أنَّه نَهَى عن بَيْعِ الثَّمَرَةِ حتى تَطِيبَ . مُتَّفَقٌ عليه[2] . ونَهَى عن بَيْعِ الثَّمَرَةِ حتى تَزْهُوَ ، قيل : وما تَزْهُو ؟ قال : « تَحْمارُّ أو تَصْفارُّ »[3] . ونَهَى عن بيعِ الحَبِّ حتى

---

(١) زيادة من : م .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب بيع الثمر على رءوس النخل بالذهب والفضة ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٣/ ٩٩. ومسلم ، فى : باب النهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/ ١١٦٧، ١١٧٦.

كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٣١٢، ٣٢٣، ٣٩٥.

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ...، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٣/ ١٠١. ومسلم ، فى : باب وضع الجوائح ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/ ١١٩٠. والنسائى ، فى : باب شراء الثمار قبل أن يبدو صلاحها ...، من كتاب =

يَشْتَدَّ، ونَهَى عن بَيْعِ العِنَبِ حتى يَسْوَدَّ. رَوَاه التِّرمِذِيُّ[1].

وإذا بَدا الصَّلاحُ فى نَوْعٍ، جاز بَيْعُ ما فى البُسْتانِ منه[2]. وعنه، لا يُباعُ إلَّا ما بَدا صَلاحُه؛ للخَبَرِ. والأوَّلُ أظْهَرُ؛ لأنَّ ذلك يُؤَدِّى إلى الضَّرَرِ والمَشَقَّةِ وسُوءِ المُشارَكَةِ. وفى بيعِ[2] سَائِرِ الجِنْسِ وَجْهان، مَضى[2] تَوْجِيهُهما فى التَّأْبِيرِ.

ولا يَخْتَلِفُ المَذْهَبُ فى[2] أنَّ بُدُوَّ الصَّلاحِ فى بَعْضِ الشَّجَرَةِ صَلاحُ لجميعِها، وأنَّ بُدُوَّ صَلاحِ جِنْسٍ ليس بصَلاحٍ لجِنْسٍ آخَرَ؛ لأنَّه لا يُفْضِى إلى سُوءِ المُشارَكَةِ. فإنْ بدَا صَلاحُ ثَمَرَةِ بُسْتَانٍ، لم يكنْ صَلاحًا لثَمَرَةِ غيرِه. وعنه، يكونُ صَلاحًا لِما[3] قارَبَه؛ لأنَّهما يتَقارَبانِ فى الإدْرَاكِ. والمَذْهَبُ الأوَّلُ؛ لأنَّه لا[4] يُفْضِى إلى سُوءِ المُشارَكَةِ. وإن بَدا الصَّلاحُ فى ثَمرَةِ بُسْتَانٍ، فأُفْرِدَ بالبَيْعِ ما لم يَبْدُ صَلاحُه، لم يَجُزْ؛ لأنَّه لم يَبْدُ صلاحُ شىءٍ مِن المَبِيعِ، أشْبَهَ البُسْتانَ الآخَرَ. وفيه وجهٌ آخَرُ أنَّه يجوزُ؛ لأنَّه يجوزُ بَيْعُه مع غيرِه، فجاز مُفْرَدًا، كالذى بَدا صَلاحُه.

= البيوع. المجتبى ٧/ ٢٣٢. والإمام مالك، فى: باب النهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، من كتاب البيوع. الموطأ ٢/ ٦١٨. والإمام أحمد، فى: المسند ٣/ ١١٥، ١٦١، ٢٢١، ٢٥٠.

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٤.

(٢) سقط من: م.

(٣) فى م: «فيما».

(٤) سقط من: س ٢، م.

فصل : وإذا ابْتاعَ ثَمَرًا أو زَرْعًا بعدَ صَلاحِه ، لم يُكَلَّفْ قَطْعَه قبلَ أوانِ الحَصادِ والجَذاذِ ؛ لأنَّ ذلك العادَةُ فى نَقْلِه ، فحُمِلَ البَيْعُ عليه ، كما[1] ذكَرْنا فى الثَّمَرِ المُؤَبَّرِ . وإنِ احْتاجَت إلى سَقْيٍ ، لَزِمَ البائعَ سَقْيُها ؛ لأنَّ عليه تَسْلِيمَها فى أوانِ حَصادِها ، ولا يَحْصُلُ إلَّا بالسَّقْيِ ، فلَزِمَه ، بخِلافِ ثَمَرةِ البائعِ [2]المُؤَبَّرَةِ على أُصُولِ المُشْتَرِى ، لا يَلْزَمُه سَقْيُها ؛ لأنَّه لا يَلْزَمُه تَسْليمُها[2] .

وإن تَلِفَت بجائحَةٍ [3]فهى مِن ضَمانِ[3] البائعِ ؛ لِما روَى جابرٌ أنَّ النبىَّ ﷺ أمَر بوَضْعِ الجَوائحِ . وفى لَفْظٍ قال : « إن بِعْتَ مِن أخِيكَ ثَمَرًا ، فأصابَتْه جَائحَةٌ ، فلا يَحِلُّ لك أن تَأْخُذَ مِنه شَيْئًا ، بِمَ تَأْخُذُ مالَ أخِيكَ بغَيْرِ حَقٍّ ؟ » . رَوَاهُما مسلمٌ[4] . ولأنَّها تُؤْخَذُ[5] حالًا فحالًا ، فكانَت مِن

---

(1) فى م : « لما » .

(2 - 2) سقط من : م .

(3 - 3) فى م : « من السماء رجع على » .

(4) الأول ، فى : باب وضع الجوائح ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم 3/ 1191.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى بيع السنين ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود 2/ 228. والنسائى ، فى : باب وضع الجوائح ، من كتاب البيوع . المجتبى 7/ 233. والإمام أحمد ، فى : المسند 3/ 309.

والثانى ، فى : الباب السابق . صحيح مسلم 3/ 1190.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب وضع الجائحة ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود 2/ 248. والنسائى ، فى : باب وضع الجوائح ، من كتاب البيوع . المجتبى 7/ 232، 233. وابن ماجه ، فى : باب بيع الثمار سنين والجائحة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه 2/ 747.

والإمام أحمد ، فى : المسند 3/ 394.

(5) فى ف ، ب : « يوجد » .

ضَمانِ البائعِ ، كالمَنافِعِ فى الإجارَةِ . والجائحَةُ ما لا صُنْعَ للآدَمِىِّ فيها . فإنْ أتْلَفَها آدَمِىٌّ ، فللمُشْتَرِى الخِيارُ بينَ الفَسْخِ والرُّجُوعِ بالثَّمَنِ ، وبينَ الإمْساكِ ومُطالَبَةِ المُتْلِفِ بالقِيمَةِ[1] .

وظاهِرُ المَذْهَبِ أنَّه لا فَرْقَ بينَ القَلِيلِ والكثيرِ ، إلَّا أَن يكونَ التالِفُ يَسِيرًا جرَتِ العادَةُ بتَلَفِ مِثْلِه ، قال أحمدُ : لا أقولُ فى عَشْرِ تَمَراتٍ ، ولا عِشْرِينَ تَمْرَةً ، ولا أَدْرِى ما الثُّلُثُ . وذلك لأنَّ الشَّرْعَ أمَرَ بوَضْعِ الجَوائحِ ، ولم يَجْعَلْ له[2] حَدًّا ، فوَجَب رَدُّه إلى ما يتَعارَفُه الناسُ جائِحةً[2] . وعنه ، أنَّ ما دُونَ الثُّلُثِ مِن ضَمانِ المُشْتَرِى ؛ لأنَّ الثَّمَرَةَ لا بُدَّ مِن تَلَفِ شَىْءٍ منها ، فلا بُدَّ مِن حَدٍّ[3] فاصِلٍ ، والثُّلُثُ يصْلُحُ ضابِطًا ؛ لقَوْلِ النبىِّ ﷺ : « والثُّلُثُ كَثِيرٌ »[4] .

وإن بلَغَتِ الثَّمَرَةُ أو الزَّرْعُ أوانَ [١٤٩و] الحَصادِ ، فلم يُنْقَلْ حتى هَلَك ، فهو مِن ضَمانِ المُشْتَرِى ؛ لأنَّه (٥لَزِمَه النَّقْلُ٥) ، فكان التَّفْرِيطُ منه[6] ، فاخْتَصَّ الضَّمانُ به . وإنِ اخْتَلَفا فى التَّلَفِ أو فى قَدْرِه ، فالقَوْلُ قولُ البائعِ ؛ لأنَّه غارِمٌ ، ولأنَّ الأصْلَ السَّلامَةُ . ولو اشْتَرَى الثَّمَرَةَ مع الشَّجَرَةِ ، أو الزَّرْعَ مع الأَرْضِ ، زال الضَّمانُ عن البائعِ بمُجَرَّدِ العَقْدِ ؛ لأنَّه

---

(١) فى الأصل : « بالبدل » .

(٢) سقط من : م .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) تقدم تخريجه فى ٢/٢١٧ ، ٢١٨ .

(٥ – ٥) فى م : « لا يلزمه النقل أى لا يلزم البائع نقله » .

(٦) بعده فى م : « أى المشترى » .

حَصَلَ التَّسْلِيمُ الكامِلُ لتَسْلِيمِ الأصْلِ، فأشْبَهَ بَيْعَ الدَّارِ.

فصل: وإذا اشْتَرَى ثَمَرَةَ شَجَرَةٍ فحدَثَتْ ثَمَرَةٌ أُخْرَى، فاخْتَلَطَتا ولم تَتَمَيَّزا[١]، أو حِنْطَةً فانْثالَتْ عليها أُخْرَى، لم يَبْطُلِ البَيْعُ؛ لأنَّ المبيعَ باقٍ انْضافَ إليه غيرُه، فأشْبَهَ ما لو اشْتَبَهَ العَبْدُ المَبِيعُ بغيرِه. ويَشْتَرِكان كلُّ واحدٍ بقَدْرِ مالِه إن عَلِم قَدْرَه، وإلَّا وَقَف الأمْرُ[٢] حتى يَصْطَلِحا. ويَحْتَمِلُ أن يَبْطُلَ العَقْدُ؛ لتعَذُّرِ تَسْليمِ المُسْتَحَقِّ، فأشْبَهَ تلَفَ المَبِيعِ. ولو باعَ الأصْلَ وعليه ثَمرَةٌ له، فحدَثَتْ للمُشْتَرِى ثَمرَةٌ[٣] اخْتَلطَتْ بها، لم يَبْطُلِ العَقْدُ؛ لأنَّ المَبِيعَ هو الشَّجرُ، ولم يَخْتَلِطْ بغيرِه، ويَشْتَرِكانِ في الثَّمَرَةِ كما بيَّنَّا.

ولو باع ثَمَرَةً قبلَ بُدُوِّ صَلاحِها بشَرْطِ القَطْعِ، فترَكَها حتى بَدَا صَلاحُها، أو جَزَّةً مِن الرَّطْبَةِ فطالَتْ حِيلَةً، فالعَقْدُ باطِلٌ مِن أصْلِه. نَصَّ عليه؛ لأَنَّ الحِيَلَ لا تجوزُ في الدِّينِ. وإن لم تَكُنْ حِيلَةً، ففيه رِوايتَانِ؛ إحْداهُما، يَبْطُلُ البَيعُ[٤]؛ لأنَّ التَّبْقِيَةَ[٥] مَعْنًى حَرُمَ اشْتِراطُه لحَقِّ اللَّهِ تعالَى، فأَبْطَلَ العَقْدَ حَقِيقَتُه، كالنَّسِيئَةِ في الرِّبَوِيَّاتِ. والثانيةُ، لا يَبْطُلُ؛ لأنَّها زِيادَةٌ في عَيْنِ المَبِيعِ، فلم يَبْطُلْ بها البَيْعُ[٦]، كسِمَنِ العَبْدِ.

---

(١) في ف، م: «يتميز».
(٢) سقط من: م.
(٣) بعده في الأصل: «ثم».
(٤) في م: «العقد».
(٥) في م: «البقية».
(٦) في ب: «المبيع».

قال القاضى : والزِّيادَةُ للمُشْتَرِى لذلك . وعن أحمدَ ، أنَّهما يَشْتَرِكان فى الزِّيادَةِ على كِلْتا الرِّوايتَيْن ؛ لحُصُولِها فى مِلْكِ المُشْتَرِى بسبَبِ الأَصْلِ الذى للبائعِ . وعنه ، يتَصَدَّقان بها . قال القاضى : هذا على سَبِيلِ الاسْتِحْبابِ ؛ لاشْتِباهِ الأمْرِ فيها ، فيُنْظَرُ كم قِيمَتُها قبلَ بُدُوِّ صَلاحِها وبعدَه ، فيَشْتَرِكان فيها ، أو يتَصَدَّقان بها . وإنْ جُهِلَتِ القِيمَةُ ، وَقَفَ الأمْرُ حتى يَصْطَلِحا .

فصل : وإذا كانَت شجَرَةٌ تَحْمِلُ حِمْلَيْنِ ، فباع أحَدَهما عالِمًا أنَّه يَحْدُثُ الآخَرُ فيَخْتَلِطُ بالأوَّلِ ، فالبَيْعُ باطِلٌ ؛ لأنَّه باع ما لا يَقْدِرُ على تَسْلِيمِه ؛ لأنَّ العادَةَ فيه التَّرْكُ ، فيَخْتَلِطُ بالآخَرِ ويتَعَذَّرُ فيه[1] التَّسْلِيمُ .

فصل : ولا يجوزُ بَيْعُ الرَّطْبَةِ[2] ونَحْوِها مِمَّا يَثْبُتُ أصْلُه فى الأَرْضِ ، ويُؤْخَذُ ما يَظْهَرُ منه بالقَطْعِ دَفْعَةً[3] بعدَ أُخْرَى ، إلَّا أن يَبِيعَ الظاهِرَ بشَرْطِ القَطْعِ فى الحالِ ؛ لأنَّ ما فى الأَرْضِ[4] مُغَيَّبٌ ، وما يَحْدُثُ منه مَعْدُومٌ ، فلم يَجُزْ بَيْعُه ، كالذى يَحْدُثُ مِن الثَّمَرَةِ .

وإذا باعَ القِثَّاءَ والباذِنْجانَ ونَحْوَهما[5] لَقَطَةً لَقَطَةً[6] ، جاز ، ويكونُ

---

(١) زيادة من : س ٢.

(٢) فى س ٢: « الرطب » .

(٣) فى ف : « مرة » .

(٤) بعده فى س ٢: « ويؤخذ ما يظهر منه بالقطع فى الحال لأن ما فى الأرض » .

(٥) فى م : « نحوها » .

(٦) سقط من : س ٢، م .

والمراد : دورا من النضج إثر دور .

للمُشْتَرِى جميعُ اللَّقَطَةِ، وما حَدَث للبائع. قال القاضى: ويجوزُ بَيْعُ أُصُولِهَا، صِغارًا كانَتْ أو كِبارًا، مُثْمِرَةً و[1] غيرَ مُثْمِرَةٍ؛ لأنَّه أصْلٌ تتَكَرَّرُ منه الثَّمَرَةُ، فأَشْبَهَ الشَّجَرَ، و[2]يكونُ حُكْمُه حُكْمَ الشَّجَرِ فى أنَّ ما كان مِن ثَمَرتِه[3] ظاهِرًا عندَ البيعِ، فهو للبائعِ، وما لم يَظْهَرْ، فهو للمُشْتَرِى.
ولا يجوزُ بَيْعُ الفُجْلِ والجزَرِ ونحوِهما فى الأرْضِ؛ لأنَّ المَقْصُودَ منها[4] مُغَيَّبٌ، فأَشْبَهَ بَيْعَ النَّوَى فى التَّمْرِ.

(١) فى م: «أو».

(٢) سقط من: م.

(٣) فى م: «ثمرة».

(٤) فى الأصل: «منهما».

بَابُ[1] المصَــرَّاةِ

لا يَحِلُّ[2] بَيْعُ المُصَرَّاةِ ، فإن باعَها فالبَيْعُ صحيحٌ ، فإن كانَت مِن بَهِيمَةِ الأنْعامِ ولم يَعْلَمِ المُشْتَرِى ، ثم عَلِمَ ، فهو مُخَيَّرٌ بينَ رَدِّها وإمْسَاكِها ؛ لِما روَى أبو هُرَيْرَةَ عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال : « لَا تُصَرُّوا الإِبِلَ والغَنَمَ ، فَمَنِ ابْتَاعَها[3] فهو بِخَيْرِ النَّظَرَيْن بعدَ أن يَحْلِبَها ؛ إن شاء [١٤٩ظ] أمْسَكَ ، وإن شاء رَدَّها وصاعًا مِن تَمْرٍ » . مُتَّفَقٌ عليه[4] . ولأنَّ هذا تَدْلِيسٌ بما يَخْتَلِفُ الثَّمَنُ به ، فأثْبَتَ الخِيارَ ، كتَسْوِيدِ الشَّعَرِ[5] .

قال أبو الخَطَّابِ : متى عَلِمَ التَّصْرِيَةَ ، فله الخِيارُ ؛ لأنَّه عَلِم سببَ الرَّدِّ فمَلَكَه ، كما لو عَلِم العَيْبَ . وقال القاضى : لا يَثْبُتُ له الرَّدُّ[6] إلَّا عندَ انْقِضاءِ ثلاثَةِ أيامٍ ؛ لأنَّ اللَّبَنَ قد يَخْتَلِفُ لاخْتِلافِ المكانِ ، وتَغَيُّرِ العَلَفِ ،

---

(١) بعده فى م : « بيع » .

(٢) فى م : « يجوز » .

(٣) فى م : « ابتاعهما » .

(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٥.

ويضاف إليه لهذا اللفظ : وأخرجه البخارى ، فى : باب إن شاء رد المصراة وفى حلبتها صاع من تمر ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٣/ ٩٣. والنسائى ، فى : باب النهى عن المصراة ....، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٢٣. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٢٤٢، ٤١٧.

(٥) فى م : « شعر الجارية » .

(٦) فى م : « الخيار » .

فإذا مَضَتِ الثلاثةُ بانَتِ التَّصْرِيَةُ ، ويَثْبُتُ الخِيارُ على الفَوْرِ . وقال ابنُ أبى موسى : إذا عَلِم التَّصْرِيَةَ ، فله الخِيارُ إلى تَمامِ ثلاثةِ أيَّامٍ مِن حينِ البَيْعِ[1] ؛ لِما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ أنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ قال : « مَن اشْتَرَى مُصَرَّاةً ، فهو فيها بالخِيارِ ثلاثةَ أيامٍ ، إن شاء أمْسَكَها ، وإن شاءَ رَدَّها وردَّ معها صاعًا مِن تَمْرٍ » . رَواه مسلمٌ[2] .

فصل : ويَلْزَمُه مع رَدِّها صاعٌ مِن تَمْرٍ بدَلًا عن اللَّبَنِ المَوْجُودِ حالَ العَقْدِ ؛ للخَبَرِ . ويكونُ جَيِّدًا غيرَ مَعِيبٍ ؛ لأنَّه واجِبٌ بإطْلاقِ الشَّرْعِ ، فأشْبَهَ الواجِبَ فى الفِطْرَةِ . وإن رَدَّها قبلَ حَلْبِها ، لم يَلْزَمْه شىءٌ ؛ لأنَّه بدَلُ اللَّبَنِ ، ولم يأْخُذْه . وإن رَدَّها بعدَ حَلْبِها ، ولَبَنُها مَوْجُودٌ غيرُ مُتَغَيِّرٍ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يُرَدُّ ولا شىءَ عليه ؛ لأنَّه بحالِه لا عَيْبَ فيه . والثانى ، عليه صَاعُ[3] تَمْرٍ .

ولا يَلْزَمُ البائعَ قَبُولُ اللَّبَنِ ؛ لأنَّه يُسْرِعُ إليه التَّغَيُّرُ ، وكَوْنُه فى الضَّرْعِ

---

(١) فى س ١ : « البائع » .

(٢) فى : باب حكم بيع المصراة ، من كتاب البيوع . صحيح مسلم ٣/ ١١٥٨، ١١٥٩.
كما أخرجه أبو داود ، فى : باب من اشترى مصراة فكرهها ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢/ ٢٤٢. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى المصراة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٢٥٧، ٢٥٨. والنسائى ، فى : باب النهى عن المصراة ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٢٣. وابن ماجه ، فى : باب بيع المصراة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٥٣. والدارمى ، فى : باب فى المحفلات ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/ ٢٥١. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٢٤٨، ٢٥٩، ٢٧٣، ٣٨٦، ٤٠٦، ٤١٧، ٤٣٠، ٤٦٣، ٤٦٩، ٤٨١، ٤٨٣، ٥٠٧.

(٣) بعده فى م : « من » .

أحْفَظَ له . فإن تغيَّرَ اللَّبَنُ ، فعليه التَّمْرُ[1] ، ولا يَلْزَمُ البائعَ قَبُولُ اللَّبَنِ لتَغيُّرِه . وقال القاضى : يَلْزَمُه قَبُولُه ؛ لأنَّ النَّقْصَ[2] فيه حَصَل باسْتِعْلامِ المَبِيعِ . فإنْ لم يَقْدِرْ [3]على التَّمْرِ[3] ، فقِيمَتُه فى المَوْضِعِ الذى وَقَع عليه العَقْدُ ؛ لأنَّه بمَنْزِلَةِ عَيْنٍ أتْلَفَها .

ولو رَضِىَ بالتَّصْرِيَةِ وأصابَ عَيْبًا[4] سِواها فله رَدُّها ؛ لأنَّ رِضَاه بعَيْبٍ لا يَمْنَعُ الرَّدَّ بما سِواه ، وعليه مع الرَّدِّ صاعُ تَمْرٍ ؛ لأنَّه عِوَضٌ للَبَنِ[5] التَّصْرِيَةِ ، فيكونُ عِوَضًا له مُطْلَقًا . [6]ويَحْتَمِلُ أن لا يَلْزَمَه هـٰهُنا إلَّا مثلُ اللَّبَنِ ؛ لأنَّ الأصْلَ وجوبُ ضَمانِ اللَّبَنِ بمِثْلِه ، خُولِفَ فيما إذا ردَّ المُصَرَّاةَ مِن أجلِ التَّصْرِيَةِ ؛ للخبرِ ، ففيما إذا ردَّها لعَيْبٍ آخرَ ، تَبْقَى على الأصلِ ، كما لو كانت غيرَ مُصَرَّاةٍ وفيها لبنٌ[6] .

وإنِ اشْتَرَى شاةً غيرَ مُصَرّاةٍ ، فحَدَث لها لَبَنٌ ، فاحْتَلَبَه ، ثم رَدَّها بعَيْبٍ ، فلا شىءَ عليه ؛ لأنَّ اللَّبَنَ حَدَث فى مِلْكِه . وإن كان فيها لَبَنٌ يَسِيرٌ لا يَخْلُو الضَّرْعُ مِن مثلِه ، فلا شىءَ فيه ؛ لأنَّ مثلَ هذا لا عِبْرَةَ به . وإن كان كثيرًا ، فعليه مثلُه ؛ لأنَّ الأصلَ ضَمانُ اللَّبَنِ بمِثْلِه ، فلا يَبْطُلُ

---

(١) فى م : « الثمن » .
(٢) فى م : « القبض » .
(٣ - ٣) فى م : « الثمن » .
(٤) فى س ٢، م : « عينا » .
(٥) فى ف : « من لبن » .
(٦ - ٦) سقط من : م .

بمُخالَفَتِه فى لَبَنِ التَّصْرِيَةِ. وإن كان باقِيًا فرَدَّه[1]، انْبَنَى على رَدِّ لَبَنِ التَّصْرِيَةِ؛ لِما ذكَرْنا. فإنْ قُلْنا: لا يَرُدُّه. فبَقاؤُه كتَلَفِه. وهل له رَدُّ المَبِيعِ[2]؟ يُخَرَّجُ على الرِّوايتَيْن فى مَن اشْتَرَى ثَوْبًا فقَطَعَه، ثم عَلِم عَيْبَه.

فصل: فإن كانَتِ المُصَرّاةُ أَمَةً، أو أتانًا، ففيه وَجْهان؛ أحدُهما، لا رَدَّ له[1]؛ لأَنَّ لَبَنَهما[3] لا عِوَضَ له، ولا يُقْصَدُ قَصْدَ لَبَنِ الأنْعامِ. والثانى، له الرَّدُّ؛ لأَنَّ الثَّمَنَ يَخْتَلِفُ بذلك؛ لأَنَّ لَبَنَ الأَمَةِ يُحَسِّنُ ثَدْيَها[4]، ويُرَغِّبُ فيها ظِئْرًا، ولَبَنُ الأتانِ يُرادُ لوَلَدِها، فإن رَدَّها[5]، فلا شىءَ عليه للَبَنِها؛ لأنَّه لا قِيمَةَ له.

فصل: وكلُّ تَدْلِيسٍ بما يَخْتَلِفُ به الثَّمَنُ يُثْبِتُ خِيارَ الرَّدِّ؛ قِياسًا على التَّصْرِيَةِ؛ كتَجْعِيدِ شَعَرِ الجارِيَةِ، وتَسْوِيدِه، وتَحْمِيرِ وَجْهِهَا[6]، وجَمْعِ الماءِ على الرَّحَى وَقْتَ عَرْضِها على المُشْتَرِى، فإن حَصَل ذلك بغيرِ قَصْدٍ، كاجْتِماعِ اللَّبَنِ فى الضَّرْعِ بغيرِ تَصْرِيَةٍ، واحْمِرارِ وَجْهِ الجارِيَةِ لخَجَلٍ أو تَعَبٍ، فهو كالتَّدْلِيسِ؛ لأَنَّ الخِيَارَ ثبَتَ لدَفْعِ الضَّرَرِ عن المُشْتَرِى، فلم يَخْتَلِفْ بالقَصْدِ وعدَمِه، كالعَيْبِ. وإن رَضِىَ المُشْتَرِى بالمُدَلَّسِ، فلا أَرْشَ له؛ لأَنَّ النبىَّ ﷺ خَيَّرَ بينَ إمْسَاكِ المُصَرَّاةِ بغيرِ شىءٍ، ورَدِّها مع التَّمْرِ.

---

(1) سقط من: م.

(2) بعده فى م: «ثم».

(3) فى الأصل، س ١، س ٢، ف، ب: «لبنها».

(4) فى الأصل: «بدنها».

(5) فى الأصل، س ١، س ٢، ب: «حلبها».

(6) فى ف: «خدها».

فصل: وإن دَلَّسَ بما لا[1] يَخْتَلِفُ به الثَّمَنُ؛ كتَبْيِيضِ [١٥٠و] الشَّعَرِ، وتَسْبِيطِه[2]، فلا خِيارَ للمُشْتَرِى؛ لأنَّه لا ضررَ فى ذلك. وإن عَلَفَ شاةً، فظَنَّها المُشْتَرِى حامِلًا، أو سَوَّدَ أنامِلَ العَبْدِ لِيَظُنَّه كاتِبًا أو حَدَّادًا، أو كانَتِ الشّاةُ عَظِيمَةَ الضَّرْعِ خِلْقَةً، فظَنَّها كَثِيرَةَ اللَّبَنِ، فلا خِيارَ له؛ لأنَّ ذلكَ لا يَنْحَصِرُ[3] فيما ظَنَّه المُشْتَرِى؛ فإنَّ سَوادَ الأنامِلِ قد يكونُ لوَلَغٍ[4]، أو خِدْمَةِ كاتِبٍ أو حَدّادٍ، أو شُروعِه فى ذلك، وانْتِفاخَ البَطْنِ[5] يكونُ للأَكْلِ، فظَنُّ المُشْتَرِى غيرَ ذلك طَمَعٌ[6] لا يُثْبِتُ له خيارًا.

---

(١) سقط من: م.

(٢) فى س ٢: «بسطه».

(٣) فى م: «يختلف».

(٤) فى النسخ: «لولع»، بالعين المهملة، وانظر المغنى ٦/ ٢٢٣، الشرح الكبير ١١/ ٣٥٠، ٣٥١.

(٥) بعده فى م: «قد».

(٦) فى ف: «طمعا»، وبعده فى س ٢: «أن».



بابُ الرَّدّ بالعَيْبِ

مَن عَلِم بسِلْعَتِه عَيْبًا ، لم يَحِلَّ له بَيْعُها حتى يُبَيِّنَه ؛ لقولِ النبيِّ ﷺ : « المُسْلِمُ أخُو المُسْلِمِ ، لا يَحِلُّ لمُسْلِمٍ بَاعَ مِن أخِيهِ بَيْعًا[1] إلَّا بَيَّنَه لَهُ » . رَواه ابنُ ماجه[2] . فإن باع ولم يُبَيِّنْ ، فالبَيْعُ صحيحٌ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ صَحَّحَ بَيْعَ المُصَرَّاةِ مع نَهْيِه عنه . وحُكِىَ عن أبى بَكْرٍ أنَّ البَيْعَ باطِلٌ ؛ لظاهِرِ النَّهْيِ .

ومَن اشْتَرَى مَعِيبًا أو مُصَرَّاةً أو مُدَلَّسًا يعْلَمُ حالَه ، فلا خِيارَ له ؛ لأنَّه بَذَل الثَّمَنَ فيه راضِيًا به عِوَضًا ، فأَشْبَهَ ما لا عَيْبَ فيه . وإن لم يَعْلَمْ ، فله الخِيارُ بينَ رَدِّه وأخْذِ الثَّمَنِ ؛ لأنَّه بذَلَ الثَّمَنَ ليُسَلَّمَ له مَبِيعٌ سليمٌ ، ولم يُسَلَّمْ له ، فثَبَتَ له الرُّجُوعُ بالثَّمَنِ ، كما فى المُصَرَّاةِ ، وبينَ إمْسَاكِه المعيبَ[3] وأخْذِ أرْشِه ؛ لأنَّ الجُزْءَ الفائتَ[4] بالعَيْبِ يُقابِلُه جُزْءٌ مِن الثَّمَنِ ، فإذا لم يُسَلَّمْ له ، كان له ما يُقابِلُه ، كما لو تَلِفَ فى يَدِه .

---

(١) بعده فى م : « فيه عيب » .

(٢) فى : باب من باع عيبا فليبينه ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٥٥.
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٤/ ١٥٨.

(٣) سقط من : م .

(٤) فى م : « للغائب » .

ومَعْنَى الأَرْشِ، أن يُنْظَرَ ما[1] بينَ قِيمَتِه سَلِيمًا ومَعِيبًا، فيُؤْخَذَ قَدْرُه مِن الثَّمَنِ، فإذا نَقَصَه العَيْبُ عُشْرَ قِيمَتِه، فأَرْشُه عُشْرُ ثَمَنِه؛ لأَنَّ ذلك هو المُقابِلُ للجُزْءِ الفائتِ.

فصل: فإن نَما المَبِيعُ المعيبُ[2] نَماءً مُتَّصِلًا؛ كالسِّمَنِ، والكِبَرِ، والتَّعَلُّمِ، والحَمْلِ، والثَّمَرَةِ قبلَ الظُّهورِ، وأرادَ الرَّدَّ، رَدَّه بزِيادَتِه؛ لأَنَّها لا تَنْفَرِدُ عن الأصْلِ فى المِلْكِ، فلم يَجُزْ رَدُّه دُونَها. وإن كانَت مُنْفَصِلَةً؛ كالكَسْبِ، واللَّبَنِ، وما يُوهَبُ له، والوَلَدِ المُنْفَصِلِ، والثَّمَرَةِ الظَّاهِرَةِ، رَدَّ الأَصْلَ وأمْسَكَ النَّماءَ. وعنه، ليس له رَدُّه دُونَ نَمائِه. والأَوَّلُ المَذْهَبُ؛ لِما رَوَت عائشَةُ، أَنَّ رجلًا ابْتاعَ غُلامًا، فاسْتَغَلَّه ما شاءَ اللَّهُ، ثم وَجَد به عَيْبًا، فرَدَّه، فقال[3]: يا رسولَ اللَّهِ، إنَّه اسْتَغَلَّ غُلامِى. فقال رسولُ اللَّهِ ﷺ: «الخَراجُ بالضَّمانِ». رَواه أبو داودَ[4]. إلَّا أنَّ الوَلَدَ إن كان لآدَمِيَّةٍ، لم يَمْلِكْ رَدَّها دُونَه؛ لأَنَّ فيه تَفْرِيقًا بَيْنَهما. وذكَرَ الشَّرِيفُ أَنَّ له رَدَّها؛ لأَنَّه مَوْضِعُ حاجَةٍ، أشْبَهَ مَن وَلَدَتْ حُرًّا فَباعَها دُونَه. والأَوَّلُ أَوْلَى؛ لأَنَّ الجَمْعَ مُمْكِنٌ بأَخْذِ الأَرْشِ أو رَدِّهما معًا. فإن كان المَبِيعُ حامِلًا، فوَلَدَت

---

(١) سقط من: م.

(٢) زيادة من: س ١.

(٣) بعده فى ف: «البائع».

(٤) فى: باب فى من اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبا، من كتاب الإجارة. سنن أبى داود ٢/ ٢٥٥. وقال: هذا إسناد ليس بذلك.

كما أخرجه ابن ماجه، فى: باب الخراج بالضمان، من كتاب التجارات. سنن ابن ماجه ٢/ ٧٥٤.

عندَ المُشْتَرِى ، ثم ردَّها ، رَدَّ الوَلَدَ معَها ؛ لأنَّه مِن جُمْلَةِ المَبِيعِ ، والوِلادَةُ نَماءٌ مُتَّصِلٌ[1] .

فصل : وإن تَعَيَّبَ المَبِيعُ عندَ المُشْتَرِى ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، له أَرْشُ العَيْبِ ، وليس له ردُّه ؛ لأنَّ فى رَدِّه ضَرَرًا ، فلا يُزَالُ الضَّرَرُ بالضَّرَرِ . والثانيةُ ، يَرُدُّه وأَرْشَ العَيْبِ الحادِثِ عندَه ، ويأْخُذُ الثَّمَنَ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ أَمَر برَدِّ المُصَرّاةِ بعدَ أخْذِ لَبَنِها ، ورَدِّ عِوَضِه[2] . ولأنَّ جَوازَ الرَّدِّ كان ثابِتًا ، فلا يزولُ إلَّا بدَلِيلٍ ، ولا نَصَّ فى مَنْعِ الرَّدِّ ولا قِياسَ ، فيَبْقَى بحالِه .

فإن دَلَّسَ البائعُ العَيْبَ فتَعَيَّبَ عندَ المُشْتَرِى ، أو تَلِفَ بِفِعْلِه أو غيرِه ، فالمَنْصُوصُ أنَّه يَرْجِعُ بالثَّمَنِ ، [١٥٠ظ] ولا شىءَ عليه ؛ لأنَّه مَغْرُورٌ . والقِياسُ يَقْتَضِى التَّسْوِيَةَ بينَ المُدَلِّسِ وغيرِه ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ أَوْجَبَ على مُشْتَرِى المُصَرّاةِ عِوَضَ لَبَنِها مع التَّدْلِيسِ ، وجعَلَ الخَراجَ بالضَّمانِ ، ولم يُفَرِّقْ بينَ مُدَلِّسٍ وغيرِه . وعن أحمدَ فى[3] المَبِيعِ إذا كان صانِعًا ، أو كاتِبًا فنَسِىَ عندَ المُشْتَرِى : يَرُدُّه بالعَيْبِ ، ولا شىءَ معه . وهذا يَحْتَمِلُ أن يَكُونَ فى مَنْ دَلَّسَ العَيْبَ دُونَ غيرِه ؛ لأنَّ الصِّناعَةَ والكِتابَةَ مُتَقَوَّمَةٌ ، تُضْمَنُ فى الغَصْبِ . وعلَّلَه القاضى بأنَّه ليس بنَقْصٍ فى العَيْنِ ، ويُمْكِنُ تذَكُّرُه فيَعُودُ .

فصل : وما تَعَيَّبَ قبلَ قَبْضِه ، وهو ممَّا يَدْخُلُ فى ضَمانِ المُشْتَرِى ، فهو

---

(١) فى الأصل : « منفصل » .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ١١٧ .

(٣) فى م : « أن » .

كالعَيْبِ الحادِثِ في يَدِه . وإن كان مِمّا ضَمانُه على البائعِ ، فهو كالعَيْبِ القَديمِ ؛ لأنَّ مَن ضَمِن جُمْلَةَ المَبِيعِ ضَمِن أجْزاءَه .

فصل : وإن وَطِئَ المُشْتَرِى الأمَةَ ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، ليس له رَدُّها ، وله الأَرْشُ ؛ لأنَّ الوَطْءَ يَجْرِى مَجْرَى الجِنايَةِ ؛ لا يَخْلُو مِن عُقْرٍ[1] أو عُقُوبَةٍ . والثانيةُ ، له ردُّها إن كانَتْ ثَيِّبًا ، ولا شيءَ معها ؛ لأنَّه مَعْنًى لا يَنْقُصُ عَيْنَها ولا قِيمَتَها ، ولا يتضَمَّنُ الرِّضا بالعَيْبِ ، فأشْبَهَ الاسْتِخْدامَ . وإنْ كانَتْ بِكْرًا ، فهو كتعَيُّبِها عندَه . فإن ردَّها ، ردَّ أَرْشَ نَقْصِها ، كما لو عابَت عندَه .

فصل : فإن لم يَعْلَمْ بالعَيْبِ حتى هَلَكَ المَبِيعُ ، بقَتْلٍ أو غيرِه ، أو أعْتَقَه ، أو وَقَفَه ، أو أبَقَ ، أو باعَه ، أو وَهَبَه ، فله الأَرْشُ ؛ لأنَّه تعَذَّرَ عليه الرَّدُّ . وإن فَعَل ذلك مع عِلْمِه بالعَيْبِ ، فلا أَرْشَ له ؛ لرِضاه به مَعِيبًا . ذَكَرَه القاضى . وقال أبو الخَطّابِ : فى البَيْعِ[2] والهِبَةِ رِوايَةٌ أُخْرَى ، له الأَرْشُ . ولم يَعْتَبِرْ عِلْمَه[3] . وهو قِياسُ المَذْهَبِ ؛ لأنَّنا جوَّزْنا له إمْساكَه بالأَرْشِ ، وتَصَرُّفُه فيه كإمْسَاكِه . وإن باعَه قبلَ العِلْمِ ، ثم رَجَع إليه ببَيْعٍ أو غيرِه ، فله ردُّه أو أرْشُه ؛ لأنَّ ذلك امْتنَعَ عليه ، لخُروجِه مِن مِلْكِه ، وبرُجُوعِه إليه عاد الإمْكانُ .

فصل : فإن باع بعضَه أو وَهَبَه ، فله أَرْشُ الباقى ، فأمّا أرْشُ ما باعَ ،

---

(١) العقر ؛ بضم العين : دية الفرج المغصوب .

(٢) فى م : « المبيع » .

(٣) فى الأصل : « عمله » .

فيَنْبَنِى على[1] ما قُلْنا فى بَيْعِ الجَميعِ. وفى جَوازِ رَدِّ الباقِى بحِصَّتِه مِن الثَّمَنِ رِوايَتان؛ إحْداهُما، يجوزُ. ذَكَرَه الخِرَقِىُّ؛ لأنَّ ردَّه مُمْكِنٌ. والأُخْرَى، لا يجوزُ؛ لأنَّ فيه تَبْعِيضَ الصَّفْقَةِ على البائعِ، فلم يَجُزْ، كما لو كان المَبِيعُ عَيْنَيْن يَنْقُصُهما[2] التَّفْرِيقُ.

ولو اشْتَرَى شَيْئَيْنِ فوَجَد بأحَدِهما عَيْبًا، فله ردُّهما معًا أو إمْساكُهما وأَخْذُ الأَرْشِ. فإن أرادَ رَدَّ المَعِيبِ وحدَه، ففيه الرِّوايَتان، إلَّا أن [3]يكونَا ممَّا[3] يَنْقُصُهما التَّفْرِيقُ؛ كَمِصْرَاعَىْ بابٍ، وزَوْجَىْ خُفٍّ، أو مِمَّن لا يحِلُّ التَّفْريقُ بينَهما، كالأَخَوَيْنِ، فليس له إلَّا ردُّهُما أو إمْسَاكُهما مع الأَرْشِ؛ لأنَّ فى رَدِّ أحَدِهما تفْرِيقًا مُحَرَّمًا، أو ضَرَرًا بالبائعِ؛ لنُقْصَانِ قِيمَةِ المَرْدُودِ بالتَّفْرِيقِ. وإن تَلِف أحَدُ المَبِيعَيْن ووَجَد بالآخَرِ عَيْبًا، فعلَى الرِّوايتَيْنِ. وإنِ اخْتَلفا فى قِيمَةِ التالفِ، فالقَوْلُ قولُ المُشْتَرِى؛ لأنَّه كالغارِمِ، فهو كالمُسْتَعِيرِ والغاصِبِ. وإن كانا مَعِيبَيْن باقِيَيْنِ، فأرادَ رَدَّ أحَدِهما وحدَه، فهى كالتى قبلَها. وقال القاضى: ليس له رَدُّ أحَدِهما؛ لأنَّه أمْكَنَه ردُّهما معًا. ولو كان المَبِيعُ عَيْنًا واحدَةً، فأرادَ رَدَّ بعْضِها، لم يَمْلِكْ ذلك، وَجْهًا واحدًا؛ لأنَّ فيه تَشْقِيصَ المَبِيعِ على البائعِ، [١٥١و] وإلْحاقًا لضَرَرِ الشَّرِكَةِ به.

فصل: وإنِ اشْتَرَى اثْنانِ شيئًا فوَجَدَاه مَعِيبًا، فرَضِيَه أحدُهما، ففيها رِوايَتان؛ إحْداهما، للآخَرِ ردُّ نصيبِه؛ لأنَّه جميعُ ما مَلَكَه بالعَقْدِ، فمَلَكَ

---

(١) بعده فى ف: «أرش».

(٢) فى الأصل: «ينقصها».

(٣ - ٣) فى الأصل: «يكون مما لا».

ردُّه بذلك ، كما لو انْفَرَدَ . والأُخْرَى ، ليس له ردُّه ؛ لأنَّ المَبِيعَ خرَجَ عن[1] مِلْكِ البائعِ كامِلًا ، فلم يَمْلِكِ المُشْتَرِى ردَّه مُشَقَّصًا ، كما لو اشْتَرَى العَيْنَ كُلَّها ثم رَدَّ بعضَها .

ولو وَرِث اثْنانِ خِيارَ عَيْبٍ فى سِلْعَةٍ ، فرَضِىَ أحدُهما ، سَقَط رَدُّ الآخَرِ ؛ لأنَّ العَقْدَ عليها[2] واحِدٌ ، بخِلافِ شِراءِ الاثْنَيْنِ ؛ فإنَّه عَقْدَانِ . وإنِ اشْتَرَى واحِدٌ مِن اثْنَيْنِ شيئًا ، فوَجَدَه مَعِيبًا ، فله ردُّ نَصِيبِ أحَدِهما عليه مُنْفَرِدًا ؛ لأنَّه يَرُدُّ عليه جميعَ ما باعَه .

فصل : ومَن اشْتَرى مَعِيبًا فزال عَيْبُه قبلَ رَدِّه ، مثلَ أن يَشْتَرِىَ أَمَةً مُزَوَّجَةً فطَلَّقَها الزَّوْجُ ، فلا خِيارَ له . نَصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّ الضَّرَرَ زال . ولوِ اشْتَرَى مُصَرّاةً ، فصار لَبَنُها عادَةً ، فلا خِيَارَ له ؛ لذلك[3] . وإن قال البائعُ : أنا أُزِيلُ العَيْبَ . مثلَ أن يَشْتَرِىَ أرْضًا فيها حِجارَةٌ تَضُرُّها ، فقال البائعُ : أنا أَقْلَعُها فى مُدَّةٍ لا أُجْرَةَ لها . أو اشْتَرَى أرْضًا فيها بَذْرٌ للبائعِ[4] ، فقالَ البائِعُ[3] : أنا أُحَوِّلُه . سَقَط الرَّدُّ ؛ لأنَّ الضَّرَرَ يَزُولُ مِن غيرِ ضَرَرٍ .

فصل : ذَكَر القاضى (٥ما يدُلُّ٥) على أنَّ فى خِيارِ العَيْبِ رِوايتَيْنِ ؛ إحْدَاهما ، هو على التَّراخِى ؛ لأنَّه عَيْبُ خِيارٍ لدَفْعِ الضَّرَرِ المُتَحقِّقِ ، فكان

---

(١) فى س ١، س ٢: « من ».

(٢) فى ف : « عليهما ».

(٣) سقط من : م .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥ - ٥) سقط من : الأصل .

على التَّراخِي ، كخِيارِ القِصاصِ . فعلى هذا ، هو على خِيارِه ما لم يُوجَدْ منه ما يدُلُّ على الرِّضا مِن التَّصرُّفِ ، على ما ذكَرْنا فى بابِ الخِيارِ[1] . والثانيةُ ، هو على الفَوْرِ ؛ لأنَّه خِيارٌ ثَبَت بالشَّرْعِ لدَفْعِ الضَّرَرِ عن[2] المالِ ، فأشْبَهَ خِيارَ الشُّفْعَةِ . ولو حَلَبَ لَبَنَها الحادِثَ ، أو رَكِبَها ليَرُدَّها أو ليَخْتَبِرَها ، لم يكنْ رِضًا ؛ لأنَّه حَقٌّ له إلى أن يَرُدَّ ، فلم يُمْنَعْ منه .

فصل : وله الرَّدُّ مِن[3] غيرِ رِضَا صاحِبِه ولا حُضُورِه ؛ لأنَّه رَفْعُ عَقْدٍ جُعِل إليه ، فلم يُعْتَبَرْ ذلك فيه ، كالطَّلاقِ . ويجوزُ مِن غيرِ[4] حاكمٍ ؛ لأنَّه مُجْمَعٌ عليه ، فلم يَحْتَجْ إلى حاكمٍ ، كفَسْخِ المُعْتَقَةِ للنِّكاحِ .

فصل : والعُيُوبُ هى النَّقائِصُ المَعْدُودَةُ عَيْبًا ، فما خَفِىَ منها ، رُجِعَ إلى أهْلِ الخِبْرَةِ به . فمِن العُيُوبِ فى الخِلْقَةِ ؛ المَرَضُ ، والجُنُونُ ، والجُذَامُ ، والبَرَصُ ، والعَمَى ، والعَوَرُ ، والعَرَجُ ، والعَفَلُ[5] ، والقَرَعُ[6] ، والصَّمَمُ ، والخَرَسُ ، والأُصْبُعُ الزائِدَةُ والناقِصَةُ ، والحَوَلُ ، والخَوَصُ[7] ، والسَّبَلُ ؛ وهو

---

(1) انظر ما تقدم فى صفحة ٧٦.

(2) فى س ٢: « على ».

(3) فى الأصل : « فى ».

(4) بعده فى م : « حكم ».

(5) العفل : شىء مدور يخرج فى فرج المرأة ، وفى الرجل ، شىء مدور كالبيضة ، يخرج فى الدبر .

(6) القرع : قرع الرأس ، وهو أن يصلع فلا يبقى على رأسه شعر . وقيل : هو ذهاب الشعر من داء . لسان العرب (ق ر ع) .

(7) الخوص : ضيق العين وصغرها وغئورها ، رجل أخوص بين الخوص ، أى غائر العين . لسان العرب (خ و ص) . =

زِيادَةٌ فى الأجْفَانِ، والبَخَرُ[1]، والخِصَاءُ، والتَّخْنيثُ[2]، وكَوْنُه خُنْثَى، والحُمْقُ البَاتُّ، والتَّزَوُّجُ فى الرَّقِيقِ. فأمّا عدَمُ الخِتانِ، فليس بعَيْبٍ فى الصَّغِيرِ؛ لأنَّه لم يَفُتْ وَقْتُه، ولا فى الكبيرِ المَجْلوبِ؛ لأنَّ ذلك عادَتُهم، وهو عَيْبٌ فى الكبيرِ المَوْلُودِ فى بلادِ[3] الإسْلامِ؛ لأنَّ عادَتَهم الخِتانُ، والكَبِيرُ يُخَافُ عليه.

وأمّا العُيوبُ المَنْسُوبَةُ إلى فِعْلِه؛ كالسَّرِقَةِ، والإباقِ، والبَوْلِ فى الفِراشِ، فإن كانَت مِن مُمَيِّزٍ جاوَزَ العَشْرَ، فهى عَيْبٌ؛ لأنَّه يَذْهَبُ بمالِ سَيِّدِه أو يُفْسِدُ فِراشَه، وليس عَيْبًا فى الصَّغِيرِ؛ لأنَّه [4]يكونُ لضَعْفِ بِنْيَتِه أو عَقْلِه[4]. والزِّنَى عَيْبٌ؛ لأنَّه يُوجِبُ الحُدُودَ، وكذلكَ شُرْبُ المُسْكِرِ. والحَمْلُ عَيْبٌ [١٥١ظ] فى الأمَةِ؛ لأنَّه يُخافُ منه عليها، وليس بعَيْبٍ فى غيرِها؛ لعَدَمِ ذلك فيها[5].

والثُّيُوبَةُ وكَوْنُ الأمَةِ لا تَحِيضُ ليس بعَيْبٍ؛ لأنَّ الإطْلاقَ لا يَقْتَضِى وُجُودَ ذلك ولا عَدَمَه. وكذلكَ كَوْنُها مُحَرَّمَةً على المُشْتَرِى بنَسَبٍ أو رَضاعٍ أو إحْرامٍ أو عِدَّةٍ؛ لأنَّ ما يَخْتَصُّ بالمُشْتَرِى لا يَنْقُصُ ثَمَنَها، وسائِرُ

= وفى حاشية ف: «الخوص: أن تكون إحدى العينين أكبر من الأخرى. كذا على الأصل. وفى القاموس: الخوص محركة: غئور العينين».

(١) البخر: الرائحة المتغيرة من الفم. لسان العرب (ب خ ر).

(٢) فى م: «التخنيف».

(٣) زيادة من: س ١، ف.

(٤ - ٤) فى م: «لا يكون يضعف بنيته».

(٥) سقط من: م.

ذلك يزولُ عن قُرْبٍ .

ومَعْرِفَةُ الغِنَاءِ والحِجامَةِ ليس بعَيْبٍ ؛ لأَنَّ النَّقْصَ فِعْلُ ذلك لا العِلْمُ به . والكُفْرُ وكَوْنُه وَلَدَ زِنًى ليس بعَيْبٍ ؛ لأَنَّ الأَصْلَ فى الرَّقِيقِ الكُفْرُ ، ولا يُقْصَدُ فيهم النَّسَبُ . وكَوْنُ الجارِيَةِ لا تُحْسِنُ الطَّبْخَ والخَبْزَ ليس بعَيْبٍ ؛ لأَنَّ هذا صِناعَةٌ ، فالجَهْلُ به كالجَهْلِ بسائرِ الصَّنائعِ .

فصل : وإن شَرَط فى المَبِيعِ صِفَةً مَقْصُودَةً ، مثلَ أن شَرَط الأَمَةَ بِكْرًا أو جَعْدَةً ، أو العَبْدَ كاتِبًا ، أو ذا صِناعَةٍ ، أو فَحْلًا ، أو خَصِيًّا ، أو مُسْلِمًا ، أو[1] الدَّابَّةَ هِمْلَاجَةً[2] ، أو الفَهْدَ صَيُودًا ، أو الشَّاةَ لَبُونًا ، فبان خِلافَ[3] ذلك ، فله الرَّدُّ ؛ لأنَّه لم يُسْلِمْ له ما بذلَ[4] الثَّمَنَ فيه ، فمَلَك الرَّدَّ ، كما لو وَجَدَه مَعِيبًا .

وإن شَرَط الأَمَةَ سَبِطَةً[5] أو جاهِلَةً ، فبانَت جَعْدَةً أو عالمةً ، فلا خِيارَ له ؛ لأَنَّها زِيادَةٌ . وإن شرَطَها ثَيِّبًا فبانَتْ بِكْرًا فكذلكَ . ويَحْتَمِلُ أَنَّ[6] له الخِيَارَ ؛ لأنَّه قد يَشْتَرِطُ الثُّيوبَةَ لعَجْزِه عن البِكْرِ . وإن شرَطَها كافِرَةً فبانَت مُسْلِمَةً ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا خِيارَ له ؛ لأَنَّها زِيادَةٌ . والثانى ، له

---

(١) فى م : « و » .

(٢) هملاجة : حسنة السير فى سرعة وتبختر .

(٣) فى ف : « بخلاف » .

(٤) بعده فى م : « من » .

(٥) أى : شعرها مسترسل لا جعودة فيه .

(٦) سقط من : م .

الخِيارُ ؛ لأنَّه يتعَلَّقُ به غَرَضٌ[1] صحيحٌ ، وهو صَلاحُها للمُسْلِمِ والكافِرِ .

وإن شَرَطَها حامِلًا ، صَحَّ . وقال القاضى : قِياسُ المَذْهَبِ أنَّه لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ الحَمْلَ لا حُكْمَ له . والصَّحِيحُ الأَوَّلُ ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ حكَم فى الدِّيَةِ بأرْبَعِينَ خَلِفَةً ، فى بُطُونِها أوْلادُها[2] . ولأنَّ الحَمْلَ يُثْبِتُ الرَّدَّ فى المَعِيبَةِ ، ويُوجِبُ النَّفقَةَ للمَبْتُوتَةِ ، ويَمْنَعُ كَوْنَ الدَّمِ فيه حَيْضًا ، و[3]الطَّلاقِ[4] فيه[5] بِدْعَةً[6] ، ويُجَوِّزُ الفِطْرَ فى رَمَضانَ للخَوْفِ عليه ، ويَمْنَعُ إقامَةَ الحَدِّ والقِصاصِ .

وإن شَرَط فى الطَّيْرِ أنَّه مُصَوِّتٌ ، أو فى[7] الدِّيكِ أنَّه يَصِيحُ فى وَقْتٍ مِن اللَّيْلِ ، صَحَّ ؛ لأنَّ ذلك عادَةٌ له ، فجَرَى مَجْرَى الصَّيْدِ فى الفَهْدِ . وقال بعضُ أصْحابِنا : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه يجوزُ أن يُوجَدَ وأن لا يُوجَدَ . وإن

---

(1) فى س ٢: « خبر » .

(2) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الدية الخطأ شبه العمد ، من كتاب الديات . سنن أبى داود ٢/ ٤٩٢، ٥٠١. والنسائى ، فى : باب كم دية شبه العمد ، وباب ذكر الاختلاف على خالد الحذاء ، من كتاب القسامة . المجتبى ٣٦/٨ - ٣٨. وابن ماجه ، فى : باب دية شبه العمد مغلظة ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٢/ ٨٧٧، ٨٧٨. والدارمى ، فى : باب الدية فى شبه العمد ، من كتاب الديات . سنن الدارمى ٢/ ١٩٧. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ١٦٤، ١٦٦. كلهم من حديث عبد الله بن عمرو ، ويأتى تخريجه فى باب مقادير الديات من حديث ابن عمر .

(3) فى س ٢: « أو » .

(4) فى ف : « طلاق » .

(5) زيادة من : م .

(6) فى ف : « البدعة » .

(7) سقط من : الأصل .

شرَطَ أنْ يَجِىءَ مِن مَسافَةٍ ذكَرَها ، صَحَّ ؛ لأنَّ ذلكَ عادَةٌ له[1] ، وفيه قَصْدٌ صحيحٌ لتَبْليغِ الأخْبارِ ، فهو كالصَّيْدِ فى الفَهْدِ . وقال القاضى : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه تَعْذِيبٌ للحَيوانِ . وإن شَرَط الغِناءَ فى الأمَةِ ، وفى الكَبْشِ أنَّه مُناطِحٌ ، وفى الدِّيكِ أنَّه مُقاتِلٌ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه مَنْهِىٌّ عنه ، فهو كالزِّنى فى الأمَةِ .

فصل : إذا اشْتَرَى ما مَأْكُولُه فى جَوْفِه [2]فوَجَدَه مَعِيبًا[2] ، فله الرَّدُّ . وعنه ، لا شىءَ له ؛ لأنَّه لا تَدْلِيسَ مِن البائعِ ، ولا يُمْكِنُه مَعْرِفَةُ باطِنِه . والأَوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ عَقْدَ البَيْعِ اقْتَضَى السَّلامَةَ ، فإذا بان مَعِيبًا ، مَلَك رَدَّه ، كالعَبْدِ . وإن كان مِمّا لا قِيمَةَ له ؛ كبَيْضِ الدَّجاجِ ، والجَوْزِ الخَرِبِ ، والرُّمّانِ الفاسِدِ ، رجَعَ بالثَّمَنِ كُلِّه ؛ لأنَّ هذا ليس بمالٍ ، فبَيْعُه فاسِدٌ ، كالحشَراتِ . وإن كان الفاسِدُ فى بَعْضِه ، رَجَع بقِسْطِه .

وإن كان مِمّا لمكْسُورِه قِيمَةٌ ؛ كجَوْزِ الهِنْدِ ، وبَيْضِ النَّعامِ ، فقال الخِرَقِىُّ : يَرْجِعُ بالثَّمَنِ ، وعليه أَرْشُ الكَسْرِ ، كما لو كانَ المَبِيعُ ثَوْبًا فقَطَعَه . [١٥٢و] واخْتارَ القاضى أنَّه إن كان الكَسْرُ لا يَزِيدُ على ما يَحْصُلُ به اسْتِعْلامُ المَبِيعِ ، ردَّه ولا شىءَ عليه ؛ لأنَّ ذلك حَصَل ضَرُورَةَ اسْتِعْلامِ المَبِيعِ ، والبائعُ سَلَّطَه عليه ، فلم يَمْنَعِ الرَّدَّ ، كحَلْبِ لَبَنِ المُصَرّاةِ . وإنْ زادَ على ذلك ، خُرِّجَ فيه رِوايَتان ، كسائرِ المَعِيبِ الذى تَعَيَّبَ عندَه .

---

(١) زيادة من : الأصل ، ف .

(٢ - ٢) سقط من : م .

فصل : وإنِ اشْتَرَى ثَوْبًا لا يَنْقُصه نَشْرُه ، فنَشَرَه ، فله ردُّه بالعَيْبِ ، وإن كان ذلك يَنْقُصه ، فهو كجَوْزِ الهِنْدِ . وإن صَبَغ الثَّوْبَ ثم وَجَدَه مَعِيبًا ، فله الأَرْشُ لا غيْرُ . وعنه ، يَرُدُّه ، ويكونُ شَرِيكًا للبائعِ بقِيمَةِ الصِّبْغِ . وعنه ، يَرُدُّه ويأْخُذُ زِيادَتَه بالصِّبْغِ . والأَوَّلُ المَذْهَبُ ؛ لأَنَّ إجْبارَ البائعِ على بَذْلِ ثَمَنِ الصِّبْغِ إجْبارٌ على المُعاوَضَةِ ، فلم يَجُزْ ؛ لقولِ اللَّهِ تعالَى : ﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[1] .

فصل : وإذا شَرَط البائعُ البَراءَةَ مِن كلِّ عَيْبٍ ، لم يَبْرَأْ ؛ لأَنَّ البَراءَةَ مَرْفِقٌ فى البَيْعِ لا يَثْبُتُ إلَّا بالشَّرْطِ ، فلم يَثْبُتْ مع الجَهالَةِ ، كالأَجَلِ . وعنه ، يَبْرَأُ ، إلَّا أن يَكُونَ البائعُ عَلِم العَيْبَ فكَتَمَه ؛ لِما رُوِىَ أَنَّ ابنَ عُمَرَ باع عَبْدًا مِن زَيْدِ بنِ ثابِتٍ بشَرْطِ البَراءَةِ بثَمانِمائةِ دِرْهَمٍ ، فأَصابَ به عَيْبًا ، فأرادَ رَدَّه على ابنِ عُمَرَ ، فلم يَقْبَلْه ، فتَرافَعا إلى عُثْمانَ ، فقال عُثْمانُ لابنِ عُمَرَ : أَتَحْلِفُ أَنَّكَ لم تَعْلَمْ بهذا العَيْبِ . فقال : لا . فرَدَّه عليه[2] . وهذه قَضِيَّةٌ[3] اشْتَهَرتْ فلم تُنْكَرْ ، فكانَتْ إجْماعًا . ويتَخَرَّجُ أن يَبْرَأَ مُطْلَقًا ؛ بِناءً على قَوْلِه فى صِحَّةِ البَراءَةِ مِن المَجْهُولِ ، ولأَنَّه إسْقاطُ حَقٍّ مِن مَجْهُولٍ لا تَسْلِيمَ فيه ، فصَحَّ ، كالعَتاقِ . وإن قُلْنَا بفَسادِ الشَّرْطِ ، فالبَيْعُ صحيحٌ ؛ لأَنَّ ابنَ عُمَرَ باع بشَرْطِ البَراءَةِ ، فأَجْمَعُوا على صِحَّتِه . ويتَخَرَّجُ فَسادُه بِناءً على الشُّروطِ الفاسِدَةِ .

---

(١) سورة النساء ٢٩.

(٢) أخرجه الإمام مالك ، فى : باب العيب فى الرقيق ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/٦١٣. والإمام أحمد ، فى : مسائله برواية ابنه عبد الله ٣/٩٠٣، ٩٠٤.

(٣) فى الأصل ، س ١، س ٢، م : « قصة » .

بَابُ بَيْعِ المرابَحَةِ والمواضَعَةِ والتَّوْلِيَـةِ والإقـالَةِ

بَيْعُ المُرَابَحَةِ : أن يُخْبِرَ برأْسِ مالِه ، ثم يَبِيعَ به وبرِبْحٍ مَعْلومٍ[1] ، فيَقولَ : رَأْسُ مالِى فيه مِائَةٌ ، بِعْتُكَه بها ورِبْحِ عَشَرَةٍ . فهذا جائزٌ[2] غيرُ مَكْرُوهٍ ؛ لأنَّ الثَّمَنَ مَعْلُومٌ . وإن قال : بِعْتُكَه بها ورِبْحِ دِرْهَمٍ فى كُلِّ عشَرَةٍ . أو قال : ده يا زده . أو : ده دوازده[3] . فهو صَحِيحٌ أيضًا[4] ؛ لأنَّ الثَّمَنَ مَعْلُومٌ ، فهى كالتى قبلَها . لكِنْ كرِهَه أحمدُ ؛ لأنَّ ابنَ عُمَرَ وابنَ عَبَّاسٍ كَرِهاه ؛ لأنَّه بَيْعُ الأعاجِمِ ، ولأنَّ الثَّمَنَ قد لا يُعْلَمُ فى الحالِ .

فصل : ولا يُخْبِرُ إلَّا بما يَلْزَمُ مِن الثَّمَنِ ، وما يُزادُ فيه فى مُدَّةِ الخِيَارِ يُخْبِرُ به ؛ لأنَّه مِن الثَّمَنِ ، وما حَطَّ عنه فى مدةِ[5] الخِيارِ ، نَقَصَه ؛ لذلك . وما كان بعدَ لُزومِ العَقْدِ لا يُخْبِرُ به ؛ لأنَّه تَبَرُّعٌ مِن أحَدِ المُتَعاقِدَيْنِ لا يَلْزَمُه ، فلم يُخْبِرْ به ، كما لو وهَبَه شيئًا . وإنْ نَمتِ العَيْنُ لم يَزِدْ على رَأْسِ المالِ ، فإن كان النَّماءُ مُنْفَصِلًا لم تَنْقُصْ به العَيْنُ ، فله أخْذُه ، ويُخْبِرُ برأسِ

---

(١) سقط من : م .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فارسى بمعنى : العشر أحد عشر ، أو العشر اثنا عشر .

(٤) بعده فى م : « جائز غير مكروه » .

(٥) زيادة من : ف .

المالِ[1] ؛ لأنَّه فى مُقابَلَةِ العَيْنِ دُونَ نَمائِها . وعنه ، أنَّه يُبَيِّنُ ذلك ؛ لأنَّه أبْعَدُ مِن اللَّبْسِ .

وإن عَمِلَ فى العَيْنِ عمَلًا ؛ مِن قِصَارَةٍ ، أو خِيَاطَةٍ ، أو حَمْلٍ ، أخْبَرَ بالحالِ على وَجْهِه ، سَواءٌ عمِلَه بنَفْسِه أو بأُجْرَةٍ . قال أحمدُ : يُبَيِّنُ ما اشْتَراه[2] وما لَزِمَه . فإن ضَمَّ ذلك إلى رأسِ المالِ وأخْبَرَ أنَّه اشْتَرَى به ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه كَذِبٌ . وإن قال : تَحَصَّلَ علَىَّ بكذا . لم يَجُزْ فيما عَمِلَه بنَفْسِه ؛ لأنَّه كَذِبٌ . وجاز فيما اسْتَأْجَرَ عليه فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ [١٥٢ظ] لأنَّه صادِقٌ . و[3]الآخَر ، لا يجوزُ . وهو ظاهِرُ كلامِ أحمدَ ؛ لأنَّ فيه تَلْبِيسًا ، فلَعَلَّ المُشْتَرِىَ لو عَلِم الحالَ لم يَرْغَبْ فيه ؛ لكَوْنِ[4] ذلك العَمَلِ ممّا لا حاجَةَ به إليه ، فأَشْبَهَ ما أنْفَقَ عليه فى مُؤْنَتِه وكِسْوَتِه ، فإنَّه لا يجوزُ الإخْبَارُ به ، وَجْهًا واحدًا . وكذلكَ كِرَىُ مَخْزَنِه وحافِظِه ، إلَّا أن يُخْبِرَ بالحالِ على وَجْهِه ، فإنَّ ذلكَ لا يَزِيدُ فى ثَمَنِه .

فصل : فإن نَقَص المَبِيعُ لمَرَضٍ ، أو تَلَفِ جُزْءٍ ، أو تَعَيَّبَ ، أو وَجَد به عَيْبًا ، أو جُنِىَ عليه فأخَذَ أَرْشَه ، أخْبَرَ بالحالِ على وَجْهِه . وقال أبو الخَطّابِ : يَحُطُّ الأَرْشَ مِن الثَّمَنِ ، ويُخْبِرُ بما بَقِىَ ، فيقولُ : تَقَوَّمَ علَىَّ بكذا . والأَوَّلُ أوْلَى ؛ لأنَّه أبعدُ مِن اللَّبْسِ ، والفَرْقُ بينَ الأَرْشِ والكَسْبِ ،

---

(١) بعده فى الأصل : « صح » .

(٢) بعده فى م : « به » .

(٣) فى ف : « والوجه » .

(٤) فى ف : « من كون » .

أَنَّ الأَرْشَ عِوَضُ نَقْصٍ[1] ثَمَنٍ، فهو كثَمَنِ جُزْءٍ بِيعَ منه، والكَسْبُ لم يَنْقُصْ به المَبِيعُ. ولو جَنَى العَبْدُ ففَداه المُشْتَرِى، لم يَزِدْ ذلك فى[2] رأسِ المالِ؛ لأنَّه ليس مِن الثَّمَنِ، [3]ولا زادَ به[3] المَبِيعُ. وإن نَقَص المَبِيعُ لتَغَيُّرِ الأسْعارِ، فقال أصْحابُنا: لا يَلْزَمُه الخَبَرُ به؛ لأنَّه صادِقٌ بدُونِه. والأَوْلَى أنَّه يَلْزَمُه؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ لو عَلِم ذلك لم يَرْضَ به، فجَرَى مَجْرَى نَقْصِه بعَيْبٍ. وإن حَطَّ بعضَ رأسِ المالِ وأخْبَرَ بالباقِى، لم يَجُزْ؛ لأنَّه كَذِبٌ وتَغْرِيرٌ بالمُشْتَرِى.

فصل: فإنِ اشْتَرَى اثْنان شيئًا وتقَاسَماه، فقال أحمدُ: لا يَبِيعُ أحدُهما مُرَابَحةً، إلَّا أن يقولَ: اشْتَرَيْناه جماعَةً، ثم تقَاسَمْنَاه. وإنِ اشْتَرَى شَيْئَيْنِ بثَمَنٍ واحِدٍ، ثم أراد بَيْعَ أحدِهما، أو اشْتَرَى شجَرَةً مُثْمِرَةً فأخَذَ ثَمَرَتَها[4]، أو شاةً فأخَذَ صُوفَها، أو لَبَنَها الذى كان فيها، ثم أرادَ بَيْعَ الأصْلِ مُرَابَحَةً، أخْبَرَ بالحالِ على وَجْهِه، ولا يجوزُ بَيْعُه بحِصَّتِه مِن الثَّمَنِ؛ لأنَّ قِسْمَةَ الثَّمَنِ طَرِيقُه[5] الظَّنُّ، واحْتِمالُ الخَطَأ فيه كثيرٌ، ومَبْنَى المُرابحَةِ على الأَمانَةِ، فلم يَجُزْ هذا فيه.

فإن كان المَبِيعُ مِمّا[6] يَنْقَسِمُ الثَّمَنُ عليه بالأجْزاءِ، كالمَكِيلِ والمَوْزُونِ مِن

---

(١) سقط من: م.
(٢) فى م: «من».
(٣ - ٣) فى ف: «لو زاد ثمن».
(٤) فى م: «شجرتها».
(٥) سقط من: الأصل.
(٦) بعده فى الأصل: «لا».

جِنْسٍ ، جاز [١]بَيْعُ بعضِه[١] بحِصَّتِه مِن الثَّمَنِ ؛ لأَنَّه يَنْقَسِمُ على أجْزائِه ، وجُزْؤُه مَعْلُومٌ يَقِينًا .

وإن أسْلَمَ فى ثَوْبَيْنِ بِصفَةٍ واحدَةٍ ثَمَنًا واحدًا ، فأَخَذَهما على الصِّفَةِ ، فالقِياسُ جَوازُ بَيْعِ أحَدِهما بحِصَّتِه مِن الثَّمَنِ ؛ لأَنَّ الثَّمَنَ مُنْقَسِمٌ عليهما نِصْفَيْنِ ، وما زادَ على الصِّفَةِ فى أحَدِهما لم يُقابِلْه شىءٌ مِن الثَّمَنِ ، فجَرَى مَجْرَى النَّماءِ الحادِثِ بعدَ الشِّراءِ .

فصل : فإنِ اشْتَراه مِن ابنِه[٢] ، أو ممَّن لا تُقْبَلُ شَهادَتُه له ، لم يَجُزْ بَيْعُه مُرَابَحَةً حتى يُبَيِّنَ أمْرَه ؛ لأَنَّه مُتَّهَمٌ فى حقِّهم أنَّه يُحابِيهِم . وإنِ اشْتَراه مِن غُلامِ دُكَّانِه أو غيرِه حِيلَةً ، لم يَجُزْ بَيْعُه مُرابَحةً ، وإن لم يكنْ حِيلَةً ، جاز ؛ لأَنَّه لا تُهْمَةَ فى حَقِّه .

فصل : وإنِ اشْتَرَى شيئًا ، ثم باعَه برِبْحٍ ، ثم اشْتَرَاه ، فأَعْجَبَ أحمدَ أن يُخْبِرَ بالحالِ على وَجْهِه ، أو يَطْرَحَ الرِّبْحَ مِن الثَّمَنِ الثانى ، ويُخْبِرَ بما بَقِيَ ؛ لأَنَّ هذا مَذْهَبُ ابنِ سِيرِينَ ، ولأَنَّ الرِّبْحَ أحَدُ نَوْعَيِ النَّماءِ[٣] ، فيُخْبِرُ به فى المُرابَحةِ ، كالوَلَدِ والثَّمَرَةِ . ولعَلَّ هذا مِن أحمدَ على سَبِيلِ الاسْتِحْبابِ ؛ لأَنَّه أبْلَغُ فى البَيانِ . ويجوزُ الإِخْبارُ بالثَّمَنِ الثانِى وحدَه ؛ لأَنَّه الثَّمَنُ الذى حصَلَ به هذا المِلْكُ ، فجاز الخَبَرُ به وحدَه ، كما لو خَسِر فيها .

(١ - ١) فى م : « بيعه » .

(٢) فى م : « أبيه » .

(٣) فى ف : « نماء الثمن » .

فصل : فإن بانَ للمُشْتَرِى أنَّ البائعَ أخبَرَ بأَكْثَرَ مِن رأسِ المالِ ، فالبَيْعُ صَحِيحٌ ؛ لأنَّه زاد فى الثَّمَنِ ، فلم يَمْنَعْ صِحَّتَه ، كالتَّصْرِيَةِ . ويَرْجِعُ عليه بالزِّيادَةِ وحَظِّها مِن الرِّبْحِ ؛ لأنَّه باع برأْسِ مالِه وما قَرَّرَه[1] مِن الرِّبْحِ ، فإذا بان رأْسُ المالِ ، كان مَبِيعًا به وبقَدْرِه[2] مِن الرِّبْحِ . [١٥٣و] وإنِ اخْتارَ المُشْتَرِى رَدَّ المَبِيعِ ، فله ذلك . نَصَّ عليه ؛ لأنَّه رُبَّما كان غرَضُه الشِّراءَ لسِلْعَةٍ[3] واحدَةٍ بجميعِ الثَّمَنِ . وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ أنَّه لا خِيارَ له ؛ لأنَّه رَضِىَ المَبِيعَ بثَمَنٍ فحَصَل له بدُونِه ، فلم يكنْ له خِيارٌ ، كما لو اشْتَرَى مَعِيبًا فبان صَحِيحًا . فأمّا البائعُ ، فلا خِيارَ له ؛ لأنَّه باع برأسِ مالِه وقَدْرِه[4] مِن الرِّبْحِ ، وحَصَل له ما عَقَد به . وفى سائرِ ما يَلْزَمُه الإخْبارُ بالحالِ على وَجْهِه ، فلم يَفْعَلْ ، يُخَيَّرُ المُشْتَرِى بينَ أخْذِه بما اشْتَرَى به وبينَ الفَسْخِ ؛ لأنَّه ليس للمَبِيعِ ثَمَنٌ غيرَ ما عَقَد به .

وإنِ اشْتَراه بثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ فلم يُبَيِّنْ[5] ، فعنه أنَّه مُخَيَّرٌ بينَ الفَسْخِ وأخْذِه بالثَّمَنِ حالًّا ؛ لأنَّ البائعَ لم يَرْضَ بذِمَّةِ المُشْتَرِى ، فلا يَلْزَمُه الرِّضا بها . وعنه ، يُخَيَّرُ بينَ الفَسْخِ وأخْذِه بالثمنِ حالًّا ؛ لأنَّ البائعَ لم يَرْضَ بذِمَّةِ المُشْتَرِى ، فلا يَلْزَمُه الرِّضا بها . وعنه ، يُخَيَّرُ بينَ الفَسْخِ وأخْذِه بالثمنِ مُؤَجَّلًا ؛ لأنَّه الثَّمَنُ الذى اشْتَرَى به البائعُ ، والتَّأْجِيلُ صِفَةٌ له[6] ، فأَشْبَهَ

---

(١) فى م : « قدره » .

(٢) فى ف : « بحصته » .

(٣) فى م : « بسلعة » .

(٤) فى ف : « حصته » .

(٥) فى الأصل ، م : « يتبين » .

(٦) سقط من : م .

المُخْبَرَ بزيادَةٍ فى القَدْرِ . وإن عَلِم ذلك بعدَ تَلَفِ المَبِيعِ ، حَبَس المالَ بقَدْرِ الأجَلِ .

فصل : وإن أخْبَرَ بثَمَنٍ ، ثم قال : غَلِطْتُ والثَّمَنُ أكْثَرُ . ففيه ثلاثُ رِوَاياتٍ ؛ إحْداهُنَّ ، لا يُقْبَلُ قولُه[(1)] إلَّا ببَيِّنَةٍ ؛ لأَنَّه مُقِرٌّ على نَفْسِه ، فلم يُقْبَلْ قَوْلُه فى الغَلَطِ إلَّا ببَيِّنَةٍ ، كالمُضارِبِ يُقِرُّ برِبْحٍ . والثانيةُ ، إن كان مَعْرُوفًا بالصِّدْقِ ، قُبِلَ قَوْلُه ، وإلَّا فلا ؛ لأنَّه لمَّا دَخَل معه فى المُرابَحَةِ فقد ائْتَمَنَه ، والقولُ قولُ الأمِينِ مع يَمِينِه . والثالثةُ ، لا يُقْبَلُ قَوْلُه وإن أقامَ به[(2)] بَيِّنَةً ، ما لم يُصَدِّقْه المُشْتَرِى ؛ لإقْرَارِه ابتداءً[(3)] بكَذِبِ بيِّنَتِه ، فأَشْبَهَ ما لو أقَرَّ بدَيْنٍ . فإن قُلْنا بقَبُولِ بيِّنَتِه ، فقال المُشْتَرِى : أحْلِفُوه أنَّه وَقْتَ البَيْعِ لم يَعْلَمْ أنَّ ثَمَنَها أكْثَرُ . فعلى البائعِ اليَمِينُ ، فإن نَكَل أو أقَرَّ ، لم يكنْ له غيرُ ما وَقَع عليه العَقْدُ ؛ لأَنَّه عَقَد بهذا الثَّمَنِ عالمًا ، فلم يكنْ له غيرُه ، كالمُشْتَرِى إذا عَلِم العَيْبَ حالَ الشِّراءِ . وإن حَلَف ، خُيِّرَ المُشْتَرِى بينَ فَسْخِ العَقْدِ ؛ لأنَّه لم يَرْضَه بأَكْثَرَ ممَّا بذَلَه ، وبينَ قَبُولِه[(4)] مع إعْطَائِه ما غَلِطَ به وحَظِّه[(5)] مِن الرِّبْحِ ؛ لأنَّ البائعَ إنَّما باعَها بهذا الثَّمَنِ ظَنًّا أنَّه رأْسُ المالِ ، فعليه ضررٌ[(6)] فى النُّقْصانِ[(6)] منه . فإذا أخَذَها المُشْتَرِى بذلك ، فلا خِيارَ للبائعِ ؛ لأنَّه قد زالَ

---

(1) زيادة من : م .

(2) سقط من : م .

(3) فى م : « أو تبدأ » .

(4) فى ف : « إمضائه » .

(5) فى م : « حطه » .

(6 - 6) فى م : « بالنقصان » .

عنه الضَّرَرُ بالْتِزامِ المُشْتَرِى مَا غَلِطَ به ، وإنِ اخْتارَ الفَسْخَ فقال البائعُ : أنا أُسْقِطُ الزِّيادَةَ عنك . سقَطَ الفَسْخُ ؛ لأنَّه قد بذَلَها له بالثَّمَنِ الذى وَقَع عليه العَقْدُ وتَراضَيا به .

فصل : وبَيْعُ التَّوْلِيَةِ هو البَيْعُ بِمِثْلِ الثَّمَنِ الذى اشْتَرَى به ، وحُكْمُه حُكْمُ المُرابَحَةِ فيما ذكَرْنا . ويَصِحُّ بلَفْظِ البَيْعِ ، وبلَفْظِ التَّوْلِيَةِ ؛ لأنَّه مُؤَدٍّ لمَعْناه .

قال أحمدُ : ولا بَأْسَ ببَيْعِ الرَّقْمِ ؛ وهو الثَّمَنُ الذى يُكْتَبُ على الثَّوْبِ ، ولابُدَّ مِن عِلْمِه حالَ العَقْدِ ، ليَكُونَ مَعْلُومًا . فإنْ لم يُعْلَمْ ، فالبَيْعُ باطِلٌ ؛ لأنَّ الثَّمَنَ مَجْهُولٌ .

وقال : المُساوَمَةُ عندِى أسْهَلُ مِن المُرابَحَةِ ؛ لأنَّ بَيْعَ المُرابَحَةِ يَعْتَرِيه[1] أَمانَةٌ واسْتِرْسالٌ مِن المُشْتَرِى ، ويَحْتاجُ إلى تَحَرِّى الصِّدْقِ واجْتِنابِ الرِّيبَةِ . وقال فى رَجُلَيْنِ اشْتَرَيا ثَوْبًا بعِشْرِينَ ، ثم اشْتَرَى أحدُهما مِن صاحبِه باثْنَيْنِ وعِشْرِينَ : فإنَّه يُخْبِرُ[2] فى المُرابحَةِ بإحْدَى وعِشْرِينَ ؛ لأنَّه اشْتَرَى نِصْفَه بعَشَرَةٍ ، ونِصْفَه بأحَدَ عشَرَ .

فصل : وبَيْعُ المُوَاضَعَةِ أن يُخْبِرَ برَأْسِ المالِ ، ثم يَبِيعَ به ووَضِيعَةِ كذَا ، أو يقولَ : ووَضِيعَة دِرْهَمٍ مِن كلِّ عشَرَةٍ . وحُكْمُه حُكْمُ المُرابَحَةِ فى تَفْصِيلِه . وإذا قال : رأْسُ مالِى فيه مِائَةٌ ، بِعْتُكَ بها ووَضِيعَةِ دِرْهَمٍ مِن كُلِّ

---

(١) فى م : « يعتبر به » .

(٢) فى م : « يخير » .

عشَرَةٍ. فالثَّمَنُ تِسْعُون؛ لأنَّ المحْطُوطَ العُشْرُ، وعُشْرُ المِائةِ عشَرَةٌ.
[١٥٣ظ] وإن قال: بوَضِيعَةِ دِرْهَمٍ لكلِّ عشَرَةٍ. كان الحَطُّ مِن كلِّ أحَدَ عشَرَ دِرْهَمًا، دِرْهَمًا، والباقى تِسْعُونَ وعشَرَةُ أجْزاءٍ مِن أحَدَ عشَرَ جُزْءًا مِن دِرْهَمٍ؛ لأنَّه إذا قال[1]: لكُلِّ عشَرَةٍ دِرْهَمٌ[2]. كان الدِّرْهَمُ مِن غيرِها، فيكونُ مِن كلِّ أحَدَ عشَرَ دِرْهَمًا دِرْهَمٌ. وإذا قال: مِن كلِّ عشَرَةٍ. كانَ الحطُّ منها، فيكونُ عُشْرَها.

فصل: وإذا اشْتَرَى نِصْفَ عَبْدٍ بعَشَرَةٍ، واشْتَرَى آخَرُ نِصْفَه بعِشْرِينَ، ثم باعاه بثَمَنٍ واحدٍ مُساوَمَةً، فالثَّمَنُ بينَهما نِصْفان؛ لأنَّه عِوَضٌ عنه، فيَكونُ بينَهما على حَسَبِ مِلْكَيْهما فيه. وإن باعاه مُرَابَحةً، فكذلك فى إحْدَى الرِّوايتَيْنِ؛ [3]لذلك. والأُخْرَى[3]، هو بينَهما على قَدْرِ رُءُوسِ أمْوالِهما؛ لأنَّ بَيْعَ المُرابَحةِ يَقْتَضِى كَوْنَ الثَّمَنِ فى مُقَابَلَةِ كلِّ واحِدٍ منهما. وقيل: المَذْهَبُ رِوايةٌ واحدَةٌ، أنَّه بينَهما نِصْفان، والقَوْلُ الآخَرُ وَجْهٌ خَرَّجَه أبو بَكْرٍ.

فصل: وإقالَةُ النادِمِ فى البَيْعِ مُسْتَحَبَّةٌ؛ لِما رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال: «مَن أقالَ نادِمًا بَيْعَتَهُ، أقالَهُ اللَّهُ عَثْرَتَهُ يَوْمَ القِيامَةِ». [4]رَواه أبو داودَ[4]،

---

(١) بعده فى ف: «بوضيعة درهم».
(٢) سقط من: ف.
(٣ - ٣) فى م: «والثانية».
(٤ - ٤) سقط من: س ١، س ٢.

(١) وابنُ ماجه ، إلَّا أنَّ أبا دِاودَ لم يَقُلْ : « يومَ القيامةِ » (١) . وهى فَسْخٌ فى أَصَحِّ الرِّوَايتَيْنِ . وعنه ، أنَّها بَيْعٌ ؛ لأنَّها نَقْلُ المِلْكِ بعِوَضٍ على وَجْهِ (٢) التَّراضِى ، فكانَت بَيْعًا ، كالأَوَّلِ . والأُولَى أَوْلَى ؛ لأنَّ الإقالَةَ فى السَّلَمِ تجوزُ إجْماعًا ، وبَيْعُ السَّلَمِ لا يجوزُ قبلَ قَبْضِه . ولأنَّ الإقالَةَ الرَّفْعُ والإزَالَةُ ، ومنه : أقالَه (٣) اللَّهُ عَثْرَتَه . وذلك هو الفَسْخُ . ولأنَّها تتَقَدَّرُ بالثَّمَنِ الأَوَّلِ ، وتَحْصُلُ بلَفْظٍ لا يَنْعَقِدُ به البيعُ ، فكانَت فَسْخًا ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ . فعلى هذا ، تجوزُ فى المَبِيعِ قبلَ قَبْضِه ، ولا تَجِبُ بها شُفْعَةٌ ، وتتَقَدَّرُ بالثَّمَنِ الأَوَّلِ . ومَن حَلَف لا يَبِيعُ ، فأقالَ ، لا يَحْنَثُ . وعلى الأُخْرَى تَنْعَكِسُ هذه الأَحْكامُ ، إلَّا بِمِثْلِ الثَّمَنِ ، فإنَّه على وَجْهَيْنِ ؛ أصَحُّهما أنَّها تتَقَدَّرُ به ؛ لأنَّها خُصَّت بمِثْلِ الثَّمَنِ كالتَّوْلِيَةِ . فإن أقال بأَكْثَرَ منه ، لم يَصِحَّ ، وكانَ المِلْكُ باقِيًا للمُشْتَرِى ؛ لأنَّهما تَفاضَلا فيما يُعْتَبَرُ فيه التَّماثُلُ ، فلم يَصِحَّ ، كبَيْعِ دِرْهَمٍ بدِرْهَمَيْنِ .

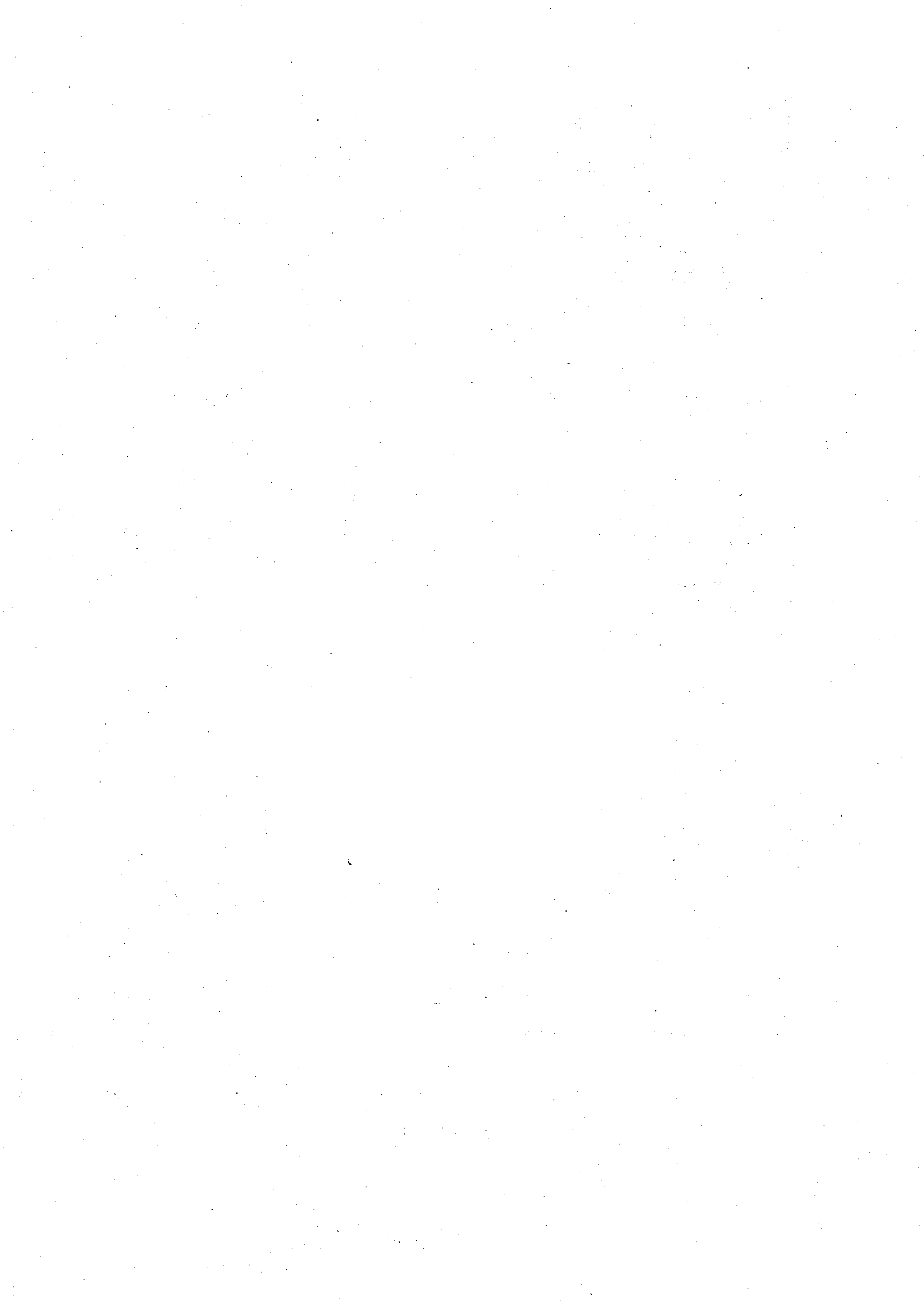
(١ - ١) زيادة من : ف ، ب .

والحديث أخرجه أبو داود ، فى : باب فى فضل الإقالة ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢/ ٢٤٦. وابن ماجه ، فى : باب الإقالة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٤١.

كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٢٥٢.

(٢) فى ف : « جهة » .

(٣) فى م : « أقال » .



بَابُ اخْتِلافِ المتَبايِعَيْنِ

إذا اخْتَلَفا فى قَدْرِ الثَّمَنِ والسِّلْعَةُ قائمةٌ، تَحالَفا؛ لِما روَى ابنُ مَسْعُودٍ عن رسولِ اللَّهِ ﷺ أنَّه قال: «إذا اخْتَلَفَ البَيِّعان، وليس بينَهما بَيِّنَةٌ، والبَيْعُ[1] قَائمٌ بعَيْنِه، فالقولُ ما قال البائعُ، أو يَترادَّانِ البَيْعَ». رَواه ابنُ ماجه[2]. وفى لَفْظٍ: «تَحَالَفا»[3]. ولأنَّ[4] البائعَ يَدَّعِى عَقْدًا بثَمَنٍ كثيرٍ يُنْكِرُه المُشْتَرِى، والمُشْتَرِى يَدَّعِى عَقْدًا يُنْكِرُه البائعُ، والقَوْلُ قولُ المُنْكِرِ مع يَمِينِه.

ويُبْدَأُ بيَمِينِ البائعِ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ جَعَل القولَ ما قال البائعُ، ولأنَّ

---

(١) فى ف: «المبيع».

(٢) فى: باب البيعان يختلفان، من كتاب التجارات. سنن ابن ماجه ٢/٧٣٧.
كما أخرجه أبو داود، فى: باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم، من كتاب الإجارة. سنن أبى داود ٢/ ٢٥٥. والترمذى مرسلا، فى: باب ما جاء إذا اختلف البيِّعان، من أبواب البيوع. عارضة الأحوذى ٥/ ٢٧١. والدارمى، فى: باب إذا اختلف المتبايعان، من كتاب البيوع. سنن الدارمى ٢/ ٢٥٠. والإمام مالك، فى: باب بيع الخيار، من كتاب البيوع. الموطأ ٢/ ٢٧١. والإمام أحمد، فى: المسند ١/ ٤٦٦.

(٣) الرواية بهذا اللفظ غير موجودة فى شىء من كتب الحديث التى بين أيدينا. وقال الحافظ ابن حجر: أما رواية التحالف فاعترف الرافعى فى التذنيب أنه لا ذكر لها فى شىء من كتب الحديث. التلخيص الحبير ٣/ ٣١. وانظر الإرواء ٥/١٧١

(٤) فى م: «كان».

جَنَبَته أقْوَى ؛ لأنَّهما إذا تَحالَفا ، رَجَع المَبِيعُ إليه ، فكانَتِ البِدايَةُ به أوْلَى ، كصاحِبِ اليَدِ . ويَجِبُ الجَمْعُ فى اليَمِينِ بينَ النَّفْيِ والإثْباتِ ؛ لأنَّه يَدَّعِي عَقْدًا ويُنْكِرُ آخَرَ ، فيَحْلِفُ عليهما ، ويُقَدِّمُ النَّفْىَ ، فيقولُ : واللَّهِ ما بِعْتُه بكذا ، ولقد بِعْتُه بكذا . لأَنَّ الأَصْلَ فى اليَمِينِ أَنَّها للنَّفْيِ ، وتَكْفِيه يَمِينٌ واحدَةٌ ؛ لأنَّه أقْرَبُ إلى فَصْلِ القَضاءِ . فإن نَكَل أحدُهما ، لَزِمَه ما قال صاحِبُه ، وإن رَضِىَ أحدُهما بما قال الآخَرُ ، فلا يَمِينَ .

وإن حَلَفا ، ثم رَضِىَ أحدُهما بما قال الآخَرُ ، أُجْبِرَ على القَبُولِ ؛ لأنَّه قد وَصَل إليه ما ادَّعاه ، وإن لم يَرْضَيا ، فلكلِّ واحدٍ منهما الفَسْخُ . ويَحْتَمِلُ أنَّ الفَسْخَ للحاكم ؛ لأنَّ العَقْدَ صحيحٌ ، [١٠٤و] وإنَّما يُفْسَخُ لتَعَذُّرِ إمْضائِه فى الحُكْمِ ، فأَشْبَهَ نِكاحَ المَرْأَةِ إذا زوَّجَها الوَلِيّانِ . والأَوَّلُ المَذْهَبُ ؛ لقَوْلِ النبىِّ ﷺ : « أَوْ يَتَرادَّانِ البَيْعَ » . فجَعَلَه إليهما . وفى سِياقِه أَنَّ[1] ابنَ مَسْعُودٍ رَواه للأشْعَثِ بنِ قَيْسٍ ، وقد اخْتَلَفا فى ثَمَنِ مَبِيعٍ ، فقال الأشْعَثُ : فإنِّى أرَى أن أرُدَّ البَيْعَ . ولأنَّه فَسْخٌ لاسْتِدْراكِ الظُّلامَةِ ، أشْبَهَ رَدَّ المَعِيبِ .

فصل : قال القاضى : ظاهِرُ كلامِ أحمدَ أنَّ الفَسْخَ يَنْفُذُ ظاهِرًا وباطِنًا ؛ لأنَّه فَسْخٌ لاسْتِدْراكِ الظُّلامَةِ ، فأشْبَهَ رَدَّ المَعِيبِ . واخْتارَ أبو الخَطّابِ أنَّ المُشْتَرِىَ إن كان ظالِمًا ، ففَسْخُ البائعِ يَنْفُذُ ظاهِرًا وباطِنًا ؛ لعَجْزِه عن اسْتِيفاءِ حَقِّه ، فمَلَك الفسْخَ ، كما لو أفْلَسَ المُشْتَرِى . وإن كان البائعُ ظالِمًا ، لم

(١) فى م : « إلى » .

يَنْفُذْ فَسْخُه باطِنًا ؛ لأنَّه يُمْكِنُه إمْضاءُ العَقْدِ ، فلم يَنْفُذْ فَسْخُه ، ولم يَمْلِكِ التَّصَرُّفَ فى المَبِيعِ ؛ لأنَّه غاصِبٌ .

فصل : وإنِ اخْتَلَفا بعدَ تَلَفِ المَبِيعِ ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، يتَحالَفان ويَفْسَخان البَيْعَ ؛ لأنَّ المَعْنَى الذى شُرِع له التَّحالُفُ حالَ قِيامِ السِّلْعَةِ مَوْجُودٌ حالَ تَلَفِها ، فيُشْرَعُ ، ويَجِبُ رَدُّ قِيمَةِ السِّلْعَةِ . فإنِ اخْتَلَفا فى قِيمَتِها ، وَجَب قِيمَةُ مثلِها ، مَوْصُوفًا بصِفاتِها وإن زادَت على ما ادَّعاه البائعُ ؛ لأنَّ الثَّمَنَ سَقَط ووَجَبَتِ القِيمَةُ . فإنِ اخْتَلَفا فى الصِّفَةِ ، فالقَوْلُ قولُ المُشْتَرِى مع يَمِينِه ؛ لأنَّه غارِمٌ . والثانيةُ ، القَوْلُ قولُ المُشْتَرِى مع يَمِينِه . اخْتارَها أبو بَكْرٍ ؛ لقَوْلِه فى الحدِيثِ : « والبَيْعُ[1] قَائمٌ بعَيْنِه » . فمَفْهُومُه أنَّه لا يُشْرَعُ التَّحالُفُ مع تَلَفِها ، ولأنَّهما اتَّفقا على انْتِقالِ المَبِيعِ إلى المُشْتَرِى بثَمَنٍ ، واخْتَلفا فى الزّائدِ الذى يَدَّعِيه البائعُ ويُنْكِرُه المُشْتَرِى ، والقَوْلُ قولُ المُنْكِرِ ، وإنَّما تُرِكَ هذا مع قِيامِ السِّلْعَةِ لإمْكانِ التَّرادِّ ، ولا يُمْكِنُ رَدُّ السِّلْعَةِ بعدَ تَلَفِها .

وإن تقايَلا المَبِيعَ ، أو رُدَّ بعَيْبٍ ، ثم اخْتَلفا فى الثَّمَنِ ، فقال البائعُ : هو قليلٌ . وقال المُشْتَرِى : هو كثيرٌ . فالقولُ قولُ البائعِ ؛ لأنَّ البَيْعَ قد انْفَسَخَ ، والبائعُ مُنْكِرٌ لِما يدَّعِيه المُشْتَرِى لا غيرُ . وإن مات المُتَبايِعان ، فوَرَثَتُهما بمَنْزِلَتِهما ؛ لأنَّها يمينٌ فى المالِ ، فقام الوارِثُ فيها مَقامَ المَوْرُوثِ ، كاليَمِينِ فى الدَّعْوَى . وإن كان المَبِيعُ بينَ وَكِيلَيْنِ ، تَحالَفَا ؛ لأنَّهما عاقِدانِ ،

---

(١) فى ف : « المبيع » .

فتحالَفَا ، كالمَالِكَيْنْ .

فصل : وإنِ اخْتَلفا فى قَدْرِ المَبِيعِ ، فقال : بِعْتُكَ هذا العَبْدَ بأَلْفٍ . فقال : بل هو والجارِيَةُ . فالقَوْلُ قولُ البائعِ . نَصَّ عليه ؛ لأنَّه يُنْكِرُ بَيْعَ الجارِيَةِ ، فاخْتَصَّتِ اليَمِينُ به ، كما لو اخْتَلفا فى أصْلِ العَقْدِ . وإن قال : بِعْتُكَ هذا العَبْدَ . فقال : بل بِعْتَنِى هذا الثَّوْبَ . حَلَف كلُّ واحِدٍ منهما على ما أنْكَرَه خاصَّةً . ثم إن كان العَبْدُ فى يَدِ البائعِ ، فليس للمُشْتَرِى أخْذُه ؛ لأنَّه لا يَدَّعِيه ، وإن كان فى يَدِ المُشْتَرِى ، فليس للبائع أخْذُه ؛ لذلك ، إلَّا أن يتَعَذَّرَ عليه ثَمَنُه فيَفْسَخَ البَيْعَ ويأْخُذَه ، والثَّوْبُ يُقَرُّ فى يَدِ البائعِ ، ويُرَدُّ إليه إن كان عندَ المُشْتَرِى . وإن قامَت بَيِّنَةٌ بالعَقْدَيْنِ ، ثَبَتا ، وإن قامَت بَيِّنَةُ أحَدِهما ، ثَبَت ويَحْلِفُ المُنْكِرُ للآخَرِ ، (١ويَبْطُلُ حُكْمُه١) .

فصل : وإنِ اخْتَلَفا فى صِفَةِ الثَّمَنِ ، رُجِع إلى نَقْدِ البَلَدِ . نَصَّ عليه . فإن كان فيه نُقودٌ ، رَجَع إلى أوْسَطِها ، وعلى مَن القَوْلُ قَوْلُه اليَمِينُ ؛ لأنَّ الظاهِرَ صِدْقُه ، فكان القَوْلُ [١٥٤ظ] قوْلَه ، كالمُنْكِرِ . وقال القاضى : يتَحالَفان .

فصل : وإنِ اخْتَلَفا فى أجَلٍ ، أو شَرْطٍ ، أو رَهْنٍ ، أو ضَمِينٍ ونحوِه ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، القَوْلُ قولُ مَن يُنْكِرُه مع يَمِينِه ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ ، فأشْبَهَ مُنْكِرَ العَقْدِ مِن أصْلِه . والثانيةُ ، يتَحالَفان ؛ لأنَّهما اخْتَلَفا فى صِفَةِ العَقْدِ ، فأشْبَهَ ما(٢) لو اخْتَلَفا فى قَدْرِ الثَّمَنِ .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) فى الأصل : « كما » .

وإنِ اخْتَلَفا فيما يُفْسِدُ العَقْدَ ، فالقَوْلُ قولُ مَن يَنْفِيه ؛ لأنَّ ظاهِرَ[1] حالِ المُسْلِمِ تَعاطِى الصَّحِيحِ . وإن قال أحدُهما : كنتُ مُكْرَهًا . أو : مَجْنُونًا . فالقولُ قولُ الآخَرِ ؛ لأَنَّ الأصْلَ معه . وإن قال : كنتُ صَغِيرًا . فكذلك . نَصَّ عليه ؛ لأنَّهما اخْتَلفا فيما يُفْسِدُ العَقْدَ ، فقُدِّمَ قولُ مَن يَدَّعِى صِحَّتَه . ويَحْتَمِلُ أنَّ القولَ قولُ مُدَّعِى الصِّغَرِ ؛ [2]لأَنَّه الأصْلُ[2] . وإن قال عَبْدٌ : بِعْتُكَ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِى . فأنْكَرَه المُشْتَرِى ، فالقولُ قولُ المُشْتَرِى ؛ لأَنَّ الأصْلَ الصِّحَّةُ . وإن أنْكَرَه السَّيِّدُ ، فالقَوْلُ قوْلُه ؛ لأنَّ الأصْلَ معه ، ولا دَلِيلَ على خِلَافِه . وإن قال أحَدُ المُتَصارِفَيْن : تفَرَّقْنَا قبلَ القَبْضِ . [3]أو ادَّعَى[3] فَسْخَ[4] العَقْدِ ، وأنْكَرَه الآخَرُ ، فالقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِى الصِّحَّةِ ؛ لأَنَّ الأصْلَ معه .

وإنِ اخْتَلَفَا فى عَيْبٍ يَحْدُثُ مِثْلُه ، فادَّعَى كلُّ واحدٍ منهما أنَّه حدَثَ عندَ صاحِبِه ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، القَوْلُ قولُ البائعِ ؛ لأنَّ الأصْلَ عدَمُ العَيْبِ . والثانيةُ ، القَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِى ؛ لأنَّ الأصْلَ عدَمُ القَبْضِ للجُزْءِ الفائتِ ، وعدَمُ اسْتِحْقاقِ ما يُقابِلُه مِن الثَّمَنِ . وإن ردَّ بعَيْبٍ ، فقال البائعُ : ليس هذا المَبِيعَ . فالقَوْلُ قَوْلُه ؛ لأنَّ الأصْلَ سَلامَةُ المَبِيعِ وبَقاءُ العَقْدِ . وإن قبَضَ المُسْلَمَ فيه أو المَبِيعَ بالكَيْلِ ، ثم قال : غَلِطْتَ علَىَّ فى الكَيْلِ . ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، القولُ قولُ البائعِ ؛ لأنَّ الأصْلَ السَّلامَةُ مِن الغَلَطِ .

---

(١) فى م : « الظاهر من » .

(٢ - ٢) فى م : « لأن الأصل معه » .

(٣ - ٣) فى م : « فادعى » .

(٤) سقط من : الأصل .

والثانى ، القولُ قولُ المُشْتَرِى ؛ لأنَّ الأَصْلَ عدَمُ القَبْضِ لِما أنْكَرَ قَبْضَه . وإن كان قَبَضَه جِزافًا ، فالقولُ قولُه فى قَدْرِه ، وَجْهًا واحدًا .

فصل : وإن باعه بثَمَنٍ مُعَيِنٍ ، وقال كلُّ واحدٍ منهما : لا أُسَلِّمُ ما بِعْتُه حتى أقْبِضَ عِوَضَه . جُعِل بينَهما عَدْلٌ يَقْبِضُ منهما ، ويُسَلِّمُ إليهما معًا ؛ لأنَّهما سَواءٌ فى تعَلُّقِ حُقُوقِهما بالعَيْنِ[1] . وإن كان البَيْعُ بثَمَنٍ فى الذِّمَّةِ ، أُجْبِرَ البائعُ على تَسْلِيمِ المَبِيعِ أوَّلًا ؛ لتعَلُّقِ حَقِّ المُشْتَرِى بِعَينِه ، فقُدِّمَ على ما تعَلَّقَ بالذِّمَّةِ ، كأَرْشِ الجِنَايَةِ مع الدَّيْنِ ، ثم يُجْبَرُ المُشْتَرِى على تَسْلِيمِ الثَّمَنِ .

فإن كان مُعْسِرًا ، أو[2] مالُه غائبٌ فى مَسافَةِ القَصْرِ ، فللبائعِ فَسْخُ البَيْعِ ؛ لأنَّ عليه ضرَرًا فى تأْخِيرِ الثَّمَنِ ، فجاز له الرُّجُوعُ إلى عَيْنِ مالِه ، كما لو أفْلَسَ المُشْتَرِى . وإن كان الثَّمَنُ حاضِرًا ، أُجْبِرَ على دَفْعِه فى الحالِ ، وإن كان فى دارِه أو دُكّانِه ، حُجِر عليه فى المَبِيعِ وفى سائرِ مالِه حتى يُسَلِّمَه ؛ لِئَلَّا يتصَرَّفَ فى المَبِيعِ فيَضُرَّ بالبائعِ . وإن كان غائبًا دُونَ مَسافَةِ القَصْرِ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما[3] ، له الفَسْخُ ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ الثَّمَنُ للإعْسارِ ، أشْبَهَ الإفْلاسَ . والثانى ، لا يفْسَخُ ، ولكنْ يُحْجَرُ على المُشْتَرِى ؛ لأنَّه فى حُكْمِ الحاضِرِ ، أشْبَهَ الذى فى البَلَدِ . [4]والصَّحيحُ عندِى أنَّه لا يَجِبُ عليه تَسْلِيمُ المبيعِ ما لم يُحْضِرِ الثَّمَنَ ويمكنْ أخْذُه ؛ لأنَّ[4]

---

(١) بعده فى ف : « معا » .

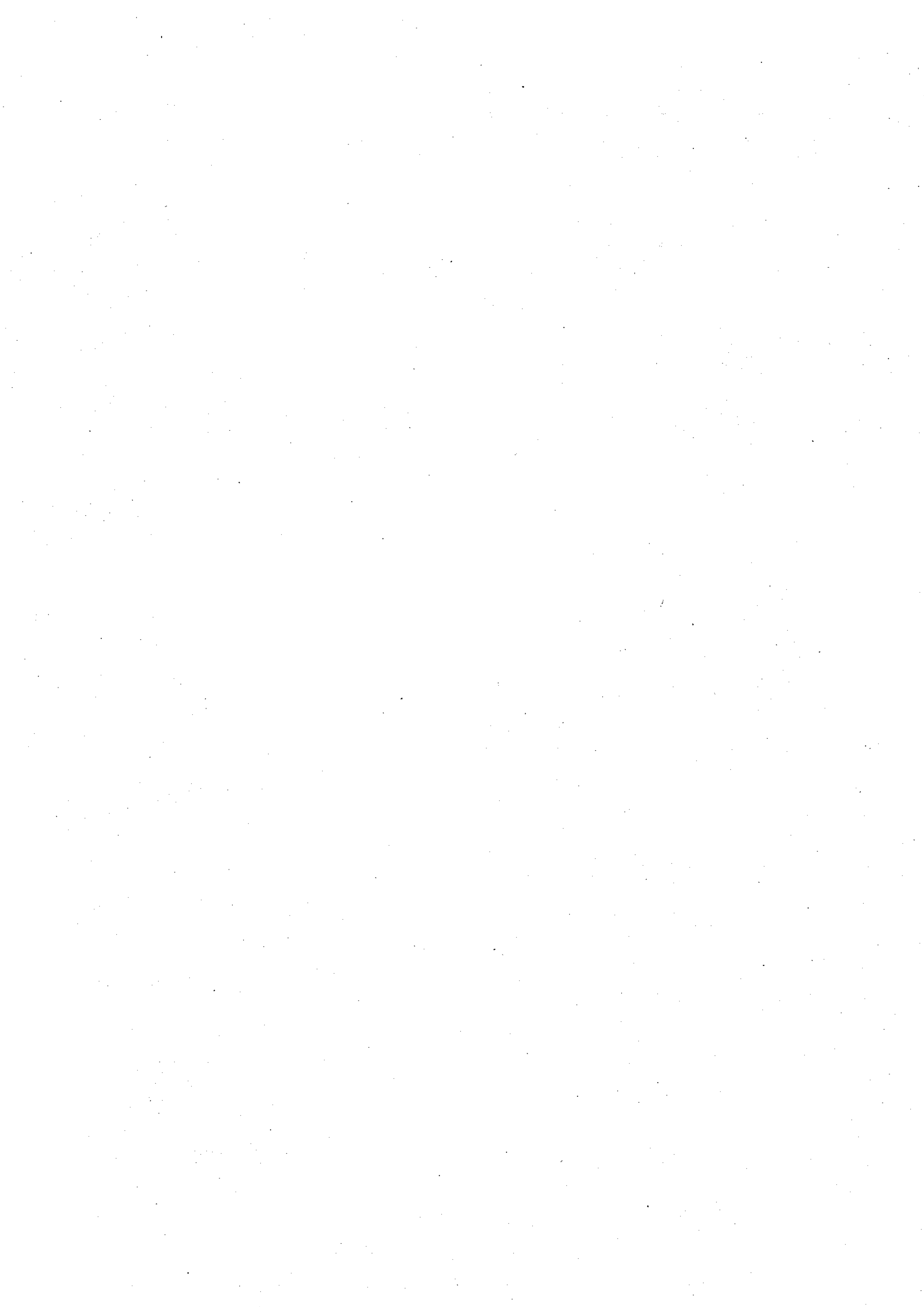
(٢) فى م : « و » .

(٣) بعده فى م : « جاز » .

(٤ - ٤) سقط من : م .

(1)في تَسْلِيمِه بدونِ ذلك ضَررًا وخطرًا بفَواتِ الثَّمنِ عليه، فلم يَلْزَمْه تَسْلِيمُ عِوَضِه؛ قياسًا على العِوَضِ الآخَرِ(1).

(1 - 1) سقط من: م.



[١٥٥و] كتابُ السَّلَمِ

السَّلَمُ أن يُسْلِمَ عَيْنًا حاضِرَةً فى عِوَضٍ مَوْصُوفٍ فى الذِّمَّةِ إلى أجَلٍ.

وهو نَوْعٌ مِن البَيْعِ، يَنْعَقِدُ بلَفْظِ البَيْعِ والسَّلَمِ [١]والسَّلَفِ[١]، وتُعْتَبَرُ فيه شُرُوطُ البَيْعِ، ويَزِيدُ بشُروطٍ سِتَّةٍ؛ أحدُها، أن يكونَ مِمَّا يَنْضَبِطُ بالصِّفَاتِ التى يَخْتَلِفُ الثَّمَنُ باخْتِلافِها ظاهِرًا؛ لأنَّه بَيْعٌ بالصِّفَةِ[٢]، فيُشْتَرطُ إمْكانُ ضَبْطِها، فيَصِحُّ السَّلَمُ فى المَكيلِ والمَوْزونِ والمَذْروعِ؛ لِما رَوَى ابنُ عَبَّاسٍ عن رسولِ اللَّهِ ﷺ، أنَّه قَدِمَ المدِينَـةَ وهم يُسْلِفُونَ[٣] فى[٤] الثِّمارِ السَّنَتَيْنِ والثَّلاثَ، فقال: «مَنْ أَسْلَفَ فَلْيُسْلِفْ فِى كَيْلٍ مَعْلُومٍ، و[٥] وَزْنٍ مَعْلُومٍ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ». مُتَّفَقٌ عليه[٦]. وقال عبدُ اللَّهِ بنُ أبى أوْفَى،

(١ - ١) سقط من: الأصل.

(٢) فى ف: «بالصفات».

(٣) فى الأصل: «يسلمون».

(٤) سقط من: م.

(٥) فى الأصل، س ١، س ٢، ف، ب: «أو».

(٦) أخرجه البخارى، فى: باب السلم فى وزن معلوم، وباب السلم إلى أجل معلوم، من كتاب السلم. صحيح البخارى ٣/ ١١١، ١١٣. ومسلم، فى: باب السلم، من كتاب المساقاة. صحيح مسلم ٣/ ١٢٢٧.

كما أخرجه أبو داود، فى: باب فى السلف، من كتاب الإجارة. سنن أبى داود ٢/ ٢٤٦. والترمذى، فى: باب ما جاء فى السلف فى الطعام والتمر، من أبواب البيوع. عارضة الأحوذى ٦/ ٤٨. والنسائى، فى: باب السلف فى الثمار، من كتاب البيوع. المجتبى ٧/ ٢٥٥. وابن ماجه، فى: باب السلف فى كيل معلوم ...، من كتاب التجارات. سنن ابن ماجه ٢/ ٧٦٥. والإمام أحمد، فى: المسند ١/ ٢٢٢.

وعبدُ الرَّحْمَنِ بنُ أَبْزَى: كُنَّا نُصِيبُ المَغَانمَ مع رسولِ اللَّهِ ﷺ، فكانَ يأْتِينَا أَنْبَاطٌ مِن أَنْبَاطِ الشَّامِ، فَنُسْلِفُهم فى الحِنْطَةِ والشَّعِيرِ والزَّبِيبِ. فقيل: أكانَ[1] لهم زَرْعٌ أم لم يَكُنْ؟ قالا[2]: ما كُنَّا نَسْأَلُهم عن ذلك. رَواه البُخارِيُّ[3]. فثَبَت جوازُ السَّلَمِ فى ذلك بالخَبَرِ، وقِسْنا عليه ما يُضْبَطُ بالصِّفَةِ[4]؛ لأنَّه فى مَعْناه.

ويَصِحُّ فى الخُبْزِ، واللِّبَأ، والشِّواءِ؛ لأَنَّ عَمَلَ النارِ فيه مُعْتَادٌ مُمْكِنٌ ضَبْطُه بالنَّشَافَةِ والرُّطُوبَةِ، فصَحَّ السَّلَفُ فيه، كالمُجَفَّفِ بالشَّمْسِ[5]. وقال القاضى: لا يَصِحُّ فى الشِّوَاءِ واللَّحْمِ المَطْبوخِ؛ لأَنَّ عَمَلَ النارِ فيه يَخْتَلِفُ، فلا يَنْضَبِطُ.

فصل: ولا يَصِحُّ فيما لا يَنْضَبِطُ؛ كالجَوْهَرِ، واللُّؤْلُؤِ، والزَّبَرْجَدِ، واليَاقُوتِ، والعَقِيقِ ونحوِها؛ لأَنَّها تَخْتَلِفُ اخْتِلافًا مُتَبايِنًا بالكِبَرِ والصِّغَرِ، وحُسْنِ التَّدْوِيرِ، وزِيادَةِ ضَوْئِها، ولا يُمْكِنُ تَقْدِيرُها ببَيْضِ العُصْفورِ

---

(١) فى الأصل: «إن كان».

(٢) فى النسخ: «قال»، والمثبت من البخارى وحاشية ب.

(٣) فى: باب السلم فى وزن معلوم، وفى: باب السلم إلى من ليس عنده أصل، وفى: باب السلم إلى أجل معلوم، من كتاب السلم. صحيح البخارى ٣/ ١١٢، ١١٤.

كما أخرجه أبو داود، فى: باب فى السلف، من كتاب الإجارة. سنن أبى داود ٢/ ٢٤٧. والنسائى، فى: باب السلم فى الطعام، وباب السلم فى الزبيب، من كتاب البيوع. المجتبى ٧/ ٢٥٥. وابن ماجه، فى: باب السلف فى كيل معلوم ...، من كتاب التجارات. سنن ابن ماجه ٢/ ٧٦٦. والإمام أحمد، فى: المسند ٤/ ٣٥٤.

(٤) فى م: «فى الصفة».

(٥) فى ف، م: «فى الشمس».

ونحوِه؛ (1لأنَّه يَخْتَلِفُ1).

(2وفى2) الحَوَامِلِ مِن الحيَوانِ، والشَّاةِ اللَّبونِ، والأَوَانِى المُخْتَلِفَةِ الرُّءوسِ والأَوْساطِ وَجْهانِ؛ أحدُهما، لا يَصِحُّ السَّلَمُ(3) فيه؛ لأنَّ الصِّفَةَ لا تَأْتِى عليه، (4والوَلَدُ4) واللَّبَنُ مَجْهُولٌ. والثانى، يَصِحُّ(5)؛ لأنَّ الحَمْلَ واللَّبَنَ لا حُكْمَ لهما(6) مع الأُمِّ، بدَلِيلِ البَيْعِ، والأَوَانِى يُمْكِنُ ضَبْطُها بسَعَةِ رَأْسِها وأسْفَلِها وعُلْوِ حائِطِها، فهى كالأَوانِى المُرَبَّعَةِ.

وما فيه خَلْطٌ مِن غيرِه يَنْقَسِمُ أرْبَعَةَ أقْسامٍ؛ أحدُها، ما خَلْطُه لمصْلَحَتِه وهو غيرُ مَقْصُودٍ فى نَفْسِه؛ كالإِنْفَحَةِ فى الجُبْنِ، والمِلْحِ فى الخُبْزِ والشَّيْرَجِ، والماءِ فى خَلِّ التَّمْرِ، فيَصِحُّ السَّلَمُ فيه؛ (7لأنَّه يَسيرٌ للمَصْلَحَةِ. الثّانى، أَخْلاطٌ مُتَمَيِّزَةٌ مَقْصودَةٌ، كثَوبٍ مَنْسوجٍ مِن شَيْئَين(8)، فيَصِحُّ السَّلَمُ فيه7)؛ لأنَّ ضَبْطَه مُمْكِنٌ، وفى مَعْناه النَّبْلُ والنُّشَّابُ. وقال القاضى: لا يَصِحُّ السَّلَمُ فيهما؛ لأنَّ فيه أخْلاطًا، ويَخْتَلِفُ طرَفاه ووَسَطُه، فأشْبَهَ القِسِيَّ. والأَوَّلُ أصَحُّ؛ لأنَّ أخْلَاطَه مُتَمَيِّزَةٌ مُمْكِنٌ ضَبْطُها، والاخْتِلافُ فيه

(1 - 1) فى م: «لأنها تختلف».

(2 - 2) فى الأصل: «فى».

(3) فى م: «أن يسلم».

(4 - 4) سقط من: الأصل.

(5) فى الأصل: «لا يصح».

(6) فى الأصل: «لها».

(7 - 7) سقط من: م.

(8) فى م: «شىء».

يَسِيرٌ مَعْلومٌ بالعادَةِ، فهو كالثِّيابِ مِن جِنْسَيْنِ، بخلافِ القِسِيِّ. الثالثُ، المَغْشوشُ؛ كاللَّبَنِ المَشُوبِ.[1]، والحِنْطَةِ فيها الزُّوَانُ[2]، فلا يَصِحُّ السَّلَمُ فيه؛ لأنَّ غِشَّهُ يَمْنَعُ العِلْمَ بقَدْرِ المَقْصُودِ فيه، فيَكُونُ فيه غَرَرٌ. الرابعُ، أخْلَاطٌ مَقْصُودَةٌ غيرُ مُتَمَيِّزَةٍ؛ كالغَالِيَةِ[3]، والنَّدِّ[4]، والمَعاجِينِ، فلا يَصِحُّ السَّلَمُ فيه؛ لأنَّ الصِّفَةَ لا تَأْتِى عليه، وفى مَعْناه القِسِيُّ المُشْتَمِلَةُ على الخَشَبِ والقَرْنِ[5] والعَقَبِ[6] [7]والغِراءِ[7] والتَّوْزِ[8]، فلا يَصِحُّ السَّلَمُ فيها[9]؛ للعَجْزِ عن ضَبْطِ[10] مقادِيرِ ذلك، [١٥٥ظ] وتمييزِ ما فيه منها. وفيه وَجْهٌ آخَرُ، أنَّه يَصِحُّ السَّلَمُ فيها كالثِّيابِ.

فصل: وفى الحَيَوانِ رِوايتان؛ أظْهَرُهما، صِحَّةُ السَّلَمِ فيه؛ لأَنَّ أبا رَافِعٍ قال: اسْتَسْلَفَ النبىُّ ﷺ مِن رَجُلٍ بَكْرًا[11]. رَواه مسلمٌ[12]. ولأنَّه

---

(١) فى م: «المغشوش».

(٢) الزوان والزؤان: حب يخالط الحنطة فيكسبه الرداءة، وأهل الشام يسمونه الشَّيْلَم.

(٣) الغالية: أخلاط من الطيب.

(٤) الند: عود يتبخر به.

(٥) فى الأصل: «القرون».
والقرن: الحبل المفتول من لحاء الشجر، والخصلة المفتولة من العهن.

(٦) فى الأصل: «العصب»، وفى م: «القصب».
والعقب؛ بالتحريك: العصب تعمل منه الأوتار.

(٧ - ٧) سقط من: الأصل، م.

(٨) هكذا ضبطها فى كشاف القناع، ولم يذكر تعريفها. كشاف القناع ٢٩٩/٣.

(٩) فى س ٢: «فيه».

(١٠) سقط من: ف، م.

(١١) البكر: الفتِىُّ من الإبل.

(١٢) فى: باب من استسلف شيئا ...، من كتاب المساقاة. صحيح مسلم ١٢٢٤/٣. =

يَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ صَدَاقًا ، فصَحَّ السَّلَمُ فيه كالثِّيابِ . والثانيةُ ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه يَخْتَلِفُ[1] اخْتِلافًا مُتَبايِنًا مع ذِكْرِ أوْصَافِه الظاهِرَةِ ، فرُبَّما تَساوَى العَبْدَانِ فى الصِّفاتِ المُعْتَبَرَةِ ، وأحدُهما يُساوِى أمْثَالَ صاحبِه ، وإنِ اسْتَقْصَى صِفاتِه كُلَّها ، تعَذَّرَ تَسْلِيمُه .

وفى المَعْدُودِ مِن[2] الجَوْزِ ، والبَيْضِ ، والبِطِّيخِ ، والرُّمَّانِ ، والبَقْلِ ، ونحوِه رِوايتان ؛ إحْداهما ، لا يَصِحُّ ؛ لذلك . والثانيةُ ، يصحُّ ؛ لأنَّ التَّفَاوُتَ يسيرٌ ، ويُمْكِنُ ضَبْطُه[3] ؛ بعضُه بالصِّغَرِ والكِبَرِ ، وبعضُه بالوَزْنِ . وفى الرُّءوسِ والأطْرافِ والجُلودِ مِن الخِلافِ مِثْلُ ما ذكَرْنا فيما قبلَه .

فصل : الشَّرْطُ الثانى ، مَعْرِفَةُ قَدْرِه بالكَيْلِ إن كان مَكِيلًا ، و[4] بالوَزْنِ إن كان مَوْزونًا ، وبالذَّرْعِ إن كان مَذْروعًا ؛ لحديثِ ابنِ عَباسٍ[5] ، ولأنَّه عِوَضٌ غيرُ مُشاهَدٍ ، يَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ ، فاشْتُرِطَ مَعْرِفَةُ قَدْرِه ، كالثَّمَنِ .

= كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى حسن القضاء ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/ ٢٢٢. والنسائى ، فى : باب استسلاف الحيوان واستقراضه ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٥٦. وابن ماجه ، فى : باب السلم فى الحيوان ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٦٧. والدارمى ، فى : باب فى الرخصة فى استقراض الحيوان ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/ ٢٥٤. والإمام مالك ، فى : باب ما يجوز من السلف ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/ ٦٨٠. والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ٣٩٠.

(١) فى الأصل : « مختلف » .

(٢) فى الأصل : « فى » .

(٣) فى س ٢ ، ف : « ضبط » .

(٤) فى الأصل : « أو » .

(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ١٥٣.

ويجبُ أن يكونَ ما يُقَدَّرُ به مَعْلُومًا عندَ العامَّةِ ، فإن قَدَّرَه بإناءٍ ، أو صَنْجَةٍ بعَيْنِها غيرِ مَعْلُومَةٍ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه قد يَهْلِكُ فيُجْهَلُ قَدْرُه ، وهذا غَرَرٌ لا يَحْتاجُ العَقْدُ إليه[1] . وإن أَسْلَمَ فى المَكِيلِ وَزْنًا ، وفى المَوْزُونِ كَيْلًا . فعنه ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه مَبِيعٌ اشْتُرِطَ مَعْرِفَةُ قَدْرِه ، فلم يَجُزْ بغيرِ ما هو مُقَدَّرٌ به ، كالرِّبَوِيَّاتِ . وعنه ما يَدُلُّ على الجَوازِ ؛ لأنَّه يُخْرِجُه عن الجَهالَةِ وهو الغَرَضُ[2] . ولا بُدَّ مِن[3] تَقْدِيرِ المَذْروعِ بالذَّرْعِ . فأمَّا المَعْدُودُ فيُقَدَّرُ بالعَدَدِ . وقيلَ : بالوَزْنِ ؛ لأنَّه يَتَبايَنُ . والأوَّلُ أوْلَى ؛ لأنَّه يُقَدَّرُ به عندَ العامَّةِ ، والتَّفاوُتُ يَسِيرٌ[4] يُضْبَطُ بالكِبَرِ والصِّغَرِ ، ولهذا لا تَقَعُ القِيمَةُ بينَ الجَوْزَتَيْنِ والبَيْضَتَيْنِ . فإن كان يتفاوَتُ كثيرًا ؛ كالرُّمّانِ ، والبِطِّيخِ ، والسَّفَرْجَلِ ، والبُقُولِ ، قَدَّرَه بالوَزْنِ ؛ لأنَّه أضْبَطُ لكَثْرَةِ تَفاوُتِه وتَبايُنِه ، ولا يُمْكِنُ ضَبْطُه بالكَيْلِ ؛ لتَجافِيه فى المِكْيالِ ، ولا بالحَزْمِ ؛ لأنَّه يَخْتَلِفُ ، ويُمْكِنُ حَزْمُ الكبيرةِ والصغيرةِ ، فتَعَيَّنَ الوَزْنُ لتَقْدِيرِه .

فصل : الشَّرْطُ الثالثُ ، أن يَجْعَلَا له أجَلًا مَعْلومًا ، فإن أسْلَم حَالًّا ، لم يَصِحَّ ؛ لحديثِ ابنِ عباسٍ ، ولأنَّ السَّلَمَ إنَّما جازَ رُخْصَةً للمَرْفِقِ[5] ، ولا يَحْصُلُ المَرْفِقُ[6] إلَّا بالأجَلِ ، فلا يَصِحُّ بدُونِه ، كالكِتابَةِ . فإن كان بلَفْظِ البَيْعِ ، صحَّ حالًّا . قال القاضى : ويجوزُ التَّفَرُّقُ قبلَ قَبْضِ رأسِ المالِ ؛ لأنَّه

---

(١) فى ف : « عليه » .

(٢) فى الأصل : « العوض » .

(٣) فى الأصل : « فى » .

(٤) بعده فى م : « و » .

(٥) فى ف : « للرفق » .

(٦) فى ف : « الرفق » .

بَيْعٌ. ويَحْتَمِلُ أن لا يجوزَ؛ لأنَّه بَيْعُ دَيْنٍ بدَيْنٍ.

ويُشْتَرطُ فى الأجَلِ ثلاثَةُ أُمورٍ؛ أحدُها، كَوْنُه مَعْلومًا؛ لقولِ اللَّهِ تعالى: ﴿إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾[1]. وللخَبَرِ[2]. فإن جَعَله إلى المُحَرَّمِ، أو يومٍ منه، أو عيدِ الفِطْرِ، ونحوِها[3]، جاز؛ لقولِ اللَّهِ تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ قُلْ هِىَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ﴾[4]. وإن قَدَّرَه بغيرِ ذلكَ ممَّا يَعْرِفُه الناسُ؛ ككَانُونَ[5]، وعيدٍ للكُفَّارِ يعْرِفُه المسْلِمُونَ، جازَ؛ لأنَّه مَعْلُومٌ لا يَخْتَلِفُ. وقال ابنُ أبى موسى: لا يَصِحُّ؛ لأنَّه لا يَعْرِفُه كثيرٌ مِن الناسِ. وإن كان ممَّا لا يَعْرِفُه المسْلِمُون؛ كالشَّعَانِينِ وعيدِ الفَطِيرِ[6]، لم يَصِحَّ، وَجْهًا واحدًا؛ [١٥٦و] لأنَّ المسلمين لا يَعْرِفُونَه، ولا يجوزُ تَقْليدُ أهْلِ الذِّمَّةِ، فبَقِى مَجْهولًا. وإن جَعَلا[7] الأجَلَ إلى مُدَّةٍ[8]، كشَهْرٍ مُعَيَّنٍ، تعَلَّقَ بأَوَّلِها[9]. ولو قال: مَحِلُّه فى رَمَضانَ. فكذلك؛ لأنَّه لو قال

---

(١) سورة البقرة ٢٨٢.

(٢) هو حديث ابن عباس المتقدم فى صفحة ١٥٣.

(٣) فى الأصل: «نحوه».

(٤) سورة البقرة ١٨٩.

(٥) الكانون: شهران فى قلب الشتاء. القاموس (ك ن ن). وهما كانون الأول، ديسمبر، وكانون الثانى، يناير.

(٦) الشعانين: عيد للنصارى يقع يوم الأحد السابق لعيد الفصح. والفطير: عيد لليهود يكون فى خامس عشر نيسان، وليس المراد نيسان الرومى، بل شهر من شهورهم.

(٧) فى س ٢: «جعل».

(٨) بعده فى م: «معلومة».

(٩) فى ف: «بأوله».

لزَوْجَتِه : أنتِ طالِقٌ فى رَمَضانَ . طَلُقَتْ فى أَوَّلِه ، ولو احْتَمَل غيرَ الأَوَّلِ ، لم يَقَعِ الطَّلاقُ بالشَّكِّ[1] . وإنْ جَعَله اسْمًا يتناوَلُ شَيْئَين ، كرَبيعٍ ، تعَلَّقَ بأوَّلِهما[2] ، (3)كما لو عَلَّقَه بشهرٍ(3) . وإن قال : ثلاثَةُ أَشْهُرٍ . انْصَرَفَ إلى الهِلَالِيَّةِ ؛ لأنَّها الشُّهورُ فى لِسانِ الشَّرْعِ ، فإن كان فى[1] أثْناءِ شَهْرٍ ، كَمَّلَ بالعَدَدِ ثَلاثِين ، والباقِىَ بالأَهِلَّةِ .

الأمْرُ الثانى ، أن يكونَ ممَّا لا يَخْتَلِفُ ، فإن جَعَله إلى الحَصادِ والجذاذِ والمَوْسِمِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ ابنَ عَبَّاسٍ قال : لا تتبايَعُوا[4] إلى الحَصادِ والدِّيَاسِ ، ولا تَتبايَعُوا[4] إلَّا[5] إلى شَهْرٍ مَعْلُومٍ[6] . ولأنَّ ذلك يَخْتَلِفُ ويَقْرُبُ ويَبْعُدُ ، فلم يَجُزْ جعْلُه أجَلًا ، كقُدومِ زَيْدٍ . وعنه أنَّه قال : أرْجُو أن لا يكونَ به بَأْسٌ ؛ لأنَّ ابنَ عُمَرَ كان يَبْتاعُ إلى العَطَاءِ . ولأنَّه لا يتفاوتُ تَفاوُتًا كثيرًا[7] . فإن أَسْلَمَ إلى العَطَاءِ ، يُرِيدُ به وَقْتَه ، وكان مَعْلُومًا ، جازَ ، وإن أرادَ نَفْسَ العَطَاءِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه يَخْتَلِفُ[8] .

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « بأولها » .

(٣ - ٣) سقط من : م .

(٤) فى الأصل : « تبايعوا » .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) انظر ما أخرجه الإمام الشافعى فى الأم ٣/ ٨٥. والبيهقى ، فى : معرفة السنن والآثار ٤/ ٤١٤، والسنن الكبرى ٦/ ٢٥. وانظر : نصب الراية ٤/ ٢١. الإرواء ٥/ ٢١٧.

(٧) فى الأصل : « كبيرا » .

(٨) فى الأصل : « مختلف » . وبعده فى ف : « الأمر فيه » .

الأمْرُ الثالثُ، أن تكونَ مُدَّةً لها وَقْعٌ فى الثَّمَنِ، كالشَّهْرِ ونِصْفِه ونحوِه، فأمَّا اليومُ ونحوُه، فلا يَصِحُّ التَّأْجِيلُ به؛ لأنَّ الأجَلَ إنَّما اعْتُبِرَ (١ليتحقَّقَ[٢] المرْفِقُ١)، ولا يتَحقَّقُ إلا بمدَّةٍ طويلةٍ. فإن أسْلَمَ فى جِنْسٍ إلى أجَلين أو[٣] آجَالٍ؛ مِثْلَ أن يُسْلِمَ فى خُبْزٍ و[٤] لَحْمٍ، يأْخُذُ كُلَّ يَوْمٍ أرْطَالًا مَعْلومَةً، جازَ؛ لأنَّ كُلَّ بَيْعٍ جازَ إلى (٥أجَلٍ، جازَ إلى٥) آجَالٍ، كبُيوعِ[٦] الأعْيانِ. ويجوزُ أن يُسْلِمَ فى جنْسَين[٧] إلى أجَلٍ واحدٍ؛ لِما ذكَرْنا.

فصل: الشَّرْطُ الرابعُ، أن يكونَ المُسْلَمُ فيه عامَّ الوُجودِ فى مَحِلِّه، مأْمُونَ الانْقِطاعِ فيه؛ لأنَّ القُدْرَةَ على التَّسْليمِ شَرْطٌ، ولا يتحقَّقُ إلَّا بذلك، فلو أسْلَمَ[٨] فى العِنَبِ إلى شُباط[٩]، لم يَصِحَّ[١٠]؛ لأنَّه لا يُوجَدُ فيه[١١] إلَّا نادِرًا.

ولا يَصِحُّ السَّلَمُ فى ثَمَرَةِ[١٢] بُسْتَانٍ بعَيْنِه، ولا قَرْيَةٍ صغيرةٍ؛ لِما رُوِىَ

(١ - ١) فى ف: «لتحقق الرفق».

(٢) فى الأصل: «ليحقق».

(٣) بعده فى ف: «إلى».

(٤) فى س ١: «أو».

(٥ - ٥) سقط من: الأصل.

(٦) فى الأصل: «كنوع».

(٧) فى الأصل: «جنس».

(٨) فى الأصل: «أسلمه».

(٩) يصرف ولا يصرف. انظر تاج العروس (ش ب ط).

(١٠) فى الأصل: «يجز».

(١١) فى س ٢: «منه».

(١٢) فى الأصل: «تمرة».

(١)أنَّ زَيْدَ بنَ سُعْنَةَ أسْلَفَ النبيَّ ﷺ ثمانين دينارًا فى تَمْرٍ مَكِيلٍ مُسمًّى(١)، مِن تَمْرِ حائطِ بنى فُلانٍ، فقال النبيُّ ﷺ «أَمَّا مِن حَائِطِ بنى فُلَانٍ فَلَا، ولَكِنْ كَيْلٌ مُسَمًّى إلى أَجَلٍ مُسَمًّى». رَواه ابنُ ماجَه(٢). ولأنَّه لا يُؤْمَنُ تلَفُه، فلم يَصِحَّ، كما لو قَدَّره بِمِكْيالٍ مُعَيَّنٍ. ولا يَصِحُّ السَّلَمُ فى عَيْنٍ؛ لذلك، ولأنَّ الأعْيانَ لا تَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ.

فصل: الشَّرْطُ الخامِسُ، أن يَضْبِطَه بصِفاتِه التى يَخْتَلِفُ الثَّمَنُ بها ظاهِرًا، فيَذْكُرَ الجِنْسَ، والنَّوْعَ، والجَوْدةَ، والرَّداءَةَ، والكِبَرَ، والصِّغَرَ، والطُّولَ، والقِصَرَ، والعَرْضَ، والسُّمْكَ، والنُّعُومَةَ، والخُشُونَةَ، واللِّينَ، والصَّلابَةَ، والرِّقَّةَ، والصَّفاقَةَ، والذُّكُورِيَّةَ، والأُنُوثِيَّةَ، والسِّنَّ، والبَكارَةَ، والثُّيوبَةَ، واللَّوْنَ، والبَلَدَ، والرُّطُوبَةَ، واليُبُوسَةَ، ونحوَ ذلك مِمَّا يَقْبَلُ هذه الصِّفاتِ، ويختَلِفُ بها، ويُرْجَعُ فيما لا يُعْلَمُ منها إلى تَفْسِيرِ أَهْلِ الخِبْرَةِ، فإن شَرَط الأجْوَدَ(٣)، لم يَصِحَّ؛ لأنَّه يتَعذَّرُ عليه الوُصُولُ إليه، وإن وَصَل إليه كان نادِرًا. وإن شَرَط الأَرْدَأَ، ففيه وَجْهان؛ أحدُهما، لا يَصِحُّ؛ لذلك. والثانى، يَصِحُّ؛ لأنَّه يُمْكِنُه تَسْلِيمُ السَّلَمِ(٤) أو خَيْرٍ منه مِن جِنْسِه،

(١ - ١) فى م: «عن النبى ﷺ أنه أسلف إليه رجل من اليهود دنانير فى تمر مسمى، فقال اليهودى».

(٢) فى: باب السلف فى كيل معلوم ...، من كتاب التجارات. سنن ابن ماجه ٢/ ٧٦٦.
كما أخرجه الحاكم، فى: المستدرك ٣/ ٦٠٤، ٦٠٥. وضعفه فى الإرواء ٥/٢١٨ - ٢٢٠.

(٣) بعده فى م: «منها».

(٤) فى م: «المسلم».

فيَلْزَمُ المُسْلِمَ قَبُولُه. وإن أسْلَمَ فى جارِيَةٍ وابْنَتِها، لم يَصِحَّ؛ لأنَّه يتَعَذَّرُ وُجودُهما على ما وَصَف. وإنِ اسْتَقْصَى صِفاتِ السَّلَمِ بحيث يتَعَذَّرُ وُجُودُه، لم يَصِحَّ؛ لأنَّه (1) يَعْجِزُ عن (1) تَسْلِيمِه.

فصل: الشَّرْطُ السادِسُ، أن يَقْبِضَ رأْسَ مالِ السَّلَمِ فى مَجْلِسِ العَقْدِ قبلَ تفرُّقِهما؛ لقولِ [156ظ] النبىِّ ﷺ: «مَن أسْلَفَ فلْيُسْلِفْ فى كَيْلٍ مَعْلُومٍ»[2]. والإسْلافُ التَّقْدِيمُ، ولأنَّه إنَّما سُمِّىَ سَلَمًا وسَلَفًا لِما فيه مِن تَقْدِيمِ رأْسِ المالِ، فإذا تأَخَّرَ، لم يكنْ سَلَمًا، فلم يَصِحَّ، ولأنَّه يَصِيرُ بَيْعَ دَيْنٍ بدَيْنٍ. فإنْ تفرَّقَا قبلَ قَبْضِه، بَطَلَ. وإن تفرَّقَا قبلَ قَبْضِ بعضِه، بَطَلَ فيما لم يُقْبَضْ، وفى المَقْبُوضِ وَجْهان؛ بِناءً على تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ.

ويجوزُ أن يكونَ فى الذِّمَّةِ، ثم يُعَيِّنَه[3] فى المجْلِسِ ويُسْلِمَه. ويجبُ أن يكونَ معْلُومًا، كالثَّمَنِ فى البَيْعِ. فإن كان مُعَيَّنًا، فظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ أنَّه يُكْتَفى برُؤْيَتِه؛ لأَنَّه ثَمَنُ عِوَضٍ[4] مُعَيَّنٌ، أشْبَهَ ثمنَ المَبِيعِ. وقال القاضى: لا بُدَّ مِن وَصْفِه؛ لقولِ أحمدَ: ويَصِفُ الثَّمَنَ. ولأنَّه عَقْدٌ لا يُمْكِنُ إتْمامُه وتَسْلِيمُ المَعْقُودِ عليه فى الحالِ، ولا يُؤْمَنُ انْفِساخُه، فوَجَب

(1 - 1) فى م: «عز».

(2) تقدم تخريجه فى صفحة 153.

(3) فى م: «يقبله».

(4) فى م: «عرض».

مَعْرِفةُ رأْسِ المالِ بالصِّفاتِ ؛ ليَرُدَّ بدَلَه ، كالقَرْضِ و[1]الشَّرِكةِ . فعلى هذا ، لا يَجُوزُ أن يكونَ رأْسُ المالِ إلَّا ما يجوزُ أن [2]يكونَ مُسْلَمًا[2] فيه ؛ لأنَّه يُعْتَبَرُ ضَبْطُ صِفاتِه ، فأشْبَهَ المُسْلَمَ فيه .

فصل : وكلُّ مَالَيْن جاز النَّسَاءُ بينَهما[3] ، جاز إسْلامُ أحَدِهما فى الآخَرِ ، وما لا فلا[4] . فعلى قولِنا : يجوزُ النَّساءُ فى العُروضِ[5] . يَصِحُّ إسْلامُ عَرْضٍ فى عَرْضٍ وفى ثَمَنٍ . فإن أسْلَمَ عَرْضًا فى آخَرَ بصفتِه ، فجاءَه به عندَ المَحِلِّ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يلْزَمُه قَبُولُه ؛ لأنَّه أتاه بالمُسْلَم فيه [6]على صِفَتِه[6] ، فلَزِم قَبُولُه ، كغيرِه . والثانى ، لا يلْزَمُه قَبُولُه ؛ لأنَّه يُفْضِى إلى كَوْنِ الثَّمَنِ هو المُثْمَنَ . وإن أسْلَمَ صَغِيرًا فى كَبِيرٍ ، فحَلَّ السَّلَمُ وقد صار الصغيرُ على صِفَةِ الكبيرِ ، فعلى الوَجْهَيْن .

فصل : ولا يُشْتَرطُ وُجودُ المُسْلَمِ فيه قبلَ المَحِلِّ ، لا حينَ العَقْدِ ولا بعدَه ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ قَدِمَ المدينةَ وهم يُسْلِفُونَ[7] فى الثِّمارِ السَّنَةَ والسَّنَتَيْنِ ، فلم يَنْهَهم عنه[8] . وفى الثِّمارِ ما يَنْقَطِعُ فى أثْناءِ السَّنَةِ ، فلو

---

(١) فى م : « فى » .

(٢ - ٢) فى م : « يسلم » .

(٣) فى ف : « فيهما » .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) بعده فى م : « لأنه » .

(٦ - ٦) سقط من : م .

(٧) فى ف : « يسلمون » .

(٨) تقدم تخريجه فى صفحة ١٥٣ .

حَرُمَ لبيِّنَه ، ولأنَّه يَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ ، ويُوجَدُ عندَ المَحِلِّ ، فصَحَّ السَّلَمُ فيه ، كالمَوْجُودِ فى جميعِ المُدَّةِ .

فصل : ولا يُشْتَرطُ ذِكْرُ مَكانِ الإيفاءِ ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ لم يَذْكُرْه فى حديثِ ابنِ عَبَّاسٍ ، ولا فى حدِيثِ زَيْدِ بنِ سُعْنَةَ[1] . ولأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ ، أشْبَهَ[2] البيعَ . ويكونُ الإيفاءُ فى مَكانِ العَقْدِ ، كالبَيْعِ . فإن كان السَّلَمُ فى مَوْضِعٍ لا يُمْكِنُ الوَفاءُ فيه ، كالبَرِّيَّةِ ، تعَيَّنَ ذِكْرُ مَكانِ الإيفاءِ ؛ لأنَّه لابُدَّ مِن مَكانٍ ، ولا قَرِينَةَ تُعَيِّنُ ، فوَجَب تَعْيِينُه بالقَوْلِ . وإن كان فى مَوْضِعٍ يُمْكِنُ الوَفاءُ فيه فشَرَطَه ، كانَ تأْكِيدًا . وإن شرَط[3] مَكانًا سِواه ، ففيه رِوايَتانِ ؛ إحْداهما ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه يُنافِى مُقْتَضَى العَقْدِ . والثانيةُ ، يَصِحُّ ؛ لأنَّه عَقْدُ بَيْعٍ ، فصَحَّ شَرْطُ مَكانِ الإيفاءِ فيه ، كالبَيْعِ ، وبهذا يَنْتَقِضُ دليلُ الأُولَى .

فصل : ويَجِبُ تَسْلِيمُ السَّلَمِ عندَ المَحِلِّ على أقَلِّ ما وُصِفَ به ، سَلِيمًا مِن العُيوبِ والغِشِّ ، فإن كان فى البُرِّ قَلِيلُ تُرابٍ ، أو دَقِيقُ تِبْنٍ ، لا يأْخُذُ حَظًّا مِن الكَيْلِ ، وجَبَ قَبُولُه ؛ لأنَّه لا يَنْقُصُه ، وإن نَقَص الكَيْلَ ، لم يَلْزَمْ قَبُولُه ؛ لأنَّه دُونَ حَقِّه . وإن أحْضَرَه بصِفَتِه ، وَجَب قَبُولُه وإن تضَمَّنَ ضرَرًا ؛ لأنَّه حقُّه ، فوَجَب قَبُولُه ، كالوَدِيعَةِ . فإنِ امْتَنَع ، دَفَعَه إلى الحاكِمِ ، وبَرِئَ ؛ لذلك ، فإن كان أجْوَدَ مِن حقِّه فى الصِّفَةِ ، لَزِمَ قَبُولُه ؛

---

(١) فى الأصل : « شعبة » .

(٢) بعده فى ف : « مكان » .

(٣) فى م : « شرطا » .

لأنَّه زادَه خَيْرًا ، وإن طلَب عن الجَوْدَةِ[1] ، [١٥٧و] عِوَضًا ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّها صِفَةٌ ، ولا يجوزُ إفْرادُ الصِّفاتِ بالبَيْعِ . وإن جاءَه بأرْدَأَ مِن حَقِّه ، لم يجِبْ قَبُولُه ، وجاز أخْذُه ، وإن أعْطاه عِوَضًا عن الجَوْدَةِ الفائتَةِ ، لم يَجُزْ ؛ لذلك ، ولأنَّه بَيْعُ جُزْءٍ مِن السَّلَمِ قبلَ قَبْضِه .

وإن أعْطاه غيرَ المُسْلَمِ فيه ، لم يَجُزْ أخْذُه ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ قال : « مَنْ أَسْلَمَ فِي شيءٍ ، فَلَا يَصْرِفْه إلى غيرِهِ » . رَوَاه أبو داودَ[2] . ولأنَّه بَيْعٌ للسَّلَمِ قبلَ قَبْضِه ، فلم يَجُزْ ، كما لو أخذَ عنه ثمنًا[3] . وقال ابنُ أبي مُوسى : فيه[3] رِوايةٌ أُخرَى في من أسْلَمَ في بُرٍّ ، فرَضِيَ مَكانَه شَعِيرًا مثْلَ كَيْلِه ، جاز . ولعَلَّ هذا بِناءً[3] على رِوايَةِ[4] كَوْنِ البُرِّ والشَّعِيرِ جِنْسًا . والصَّحِيحُ غيرُها .

وإن أعْطاه غيرَ نَوْعِ السَّلَمِ ، جاز قَبُولُه ، ولم يَلْزَمْ . وقال القاضي : يَلْزَمُ قَبُولُه إذا لم يَكُنْ أدْنَى مِن النَّوْعِ الذي شرَطَه ؛ لأنَّه مِن جِنْسِه ، فأشْبَهَ الزائدَ في الصِّفَةِ مِن نَوْعٍ واحدٍ . (٥والأوَّلُ أصَحُّ٥) ؛ لأنَّه لم يَأْتِ بالمَشْرُوطِ[6] ،

---

(١) في الأصل ، س ١ ، س ٢ ، ب ، م : « الزيادة » .

(٢) في : باب السلف لا يحول ، من كتاب الإجارة . سنن أبي داود ٢ / ٢٤٧ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٦٦ .

(٣) سقط من : م .

(٤) سقط من : الأصل ، ف .

(٥ - ٥) في ف : « والصحيح الأول » .

(٦) في م : « بالشروط » .

فلم يَلْزَمْ قَبُولُه ، كالأَدْنَى ، بخِلافِ الزائدِ فى الصِّفَةِ ، فإنَّه أحْضَرَ المَشْرُوطَ مع زِيادَةٍ ، ولأنَّ أحدَ النَّوْعَيْنِ يَصْلُحُ لِما لا يَصْلُحُ له الآخَرُ ، بخِلافِ الصِّفَةِ .

فصل :فإن أحْضَرَه قبلَ مَحِلِّه ، أو فى غيرِ مَكانِ الوَفاءِ ، فاتَّفَقَا على أخْذِه ، جاز . وإن أعْطاه عِوَضًا عن ذلك ، أو نقَصَه مِن السَّلَمِ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه بَيْعُ الأجَلِ أو[1] الحَمْلِ . وإن عرَضَه عليه ، فأبَى أخْذَه لغَرَضٍ صحيحٍ ، مثلَ أن تَلْزَمَه مُؤْنَةٌ لحِفْظِه أو حَمْلِه ، أو عليه مَشَقَّةٌ ، أو يخافَ تلَفَه أو أخْذَه منه ، لم يَلْزَمْه أخْذُه . وإن أباه لغيرِ غَرَضٍ صحيحٍ ، لَزِمَه ؛ لأنَّه زادَه خَيْرًا ، فإنِ امْتنَعَ ، رَفَع الأمْرَ إلى الحاكمِ ليَأْخُذَه ؛ لِما رُوِىَ أنَّ أنَسًا كاتَبَ عَبْدًا له على مالٍ [2]إلى أجَلٍ[2] ، فجاءَه به قبلَ الأجَلِ ، فأبَى أن يَأْخُذَه ، فأتَى عُمَرَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، فأخَذَه منه ، وقال : اذْهَبْ فقد عتَقْتَ[3] . ولأنَّه زادَه خَيْرًا .

فصل : وإذا قَبَضَه بما قَدَّرَه به مِن كَيْلٍ أو غيرِه ، بَرِئَ صاحِبُه ، وإن قَبَضَه جِزافًا ، قَدَّرَه ، فأخَذَ حقَّه ، ورَدَّ الفَضْلَ ، أو طالَبَ بتَمامِ حَقِّه ، إن كان ناقِصًا . وهل له التَّصَرُّفُ فى قَدْرِ حَقِّه قبلَ تَقْدِيرِه ؟ على وَجْهَيْنِ ؛ أحدُهما ، له ذلك ؛ لأنَّه قَدَّرَ حقَّه وقد أخَذَه ، ودَخَل فى ضَمانِه . والثانى ، ليس له ذلك ؛ لأنَّه لم يَقْبِضْه القَبْضَ المُعْتَبَرَ . وإنِ اخْتَلفا فى

---

(١) فى الأصل ، م : « و » .

(٢ - ٢) سقط من : م .

(٣) أخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى ١٠/ ٣٣٤ .

القَبْضِ ، فالقولُ قولُ المُسْلِمِ ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ . وإنِ اخْتَلفا فى حُلُولِ الأَجَلِ ، فالقولُ قولُ المُسْلَمِ إليه ؛ لأَنَّه مُنْكِرٌ .

فصل : وإن تعذَّرَ تَسْلِيمُ السَّلَمِ[1] عندَ المَحِلِّ ، فللمُسْلِمِ الخِيارُ بينَ أن يَصْبِرَ إلى أن يُوجَدَ ، وبينَ فَسْخِ العَقْدِ والرُّجُوعِ برأْسِ مالِه ، إن كان مَوْجُودًا ، أو مِثْلِه إن كان مِثْلِيًّا ، أو قِيمَتِه إن لم يكنْ مِثْلِيًّا . وقِيل : يَنْفَسِخُ العَقْدُ بالتَّعَذُّرِ ؛ لأنَّ السَّلَمَ فى ثَمَرَةِ هذا العامِ ، وقد هَلَكَت ، فانْفَسَخَ العَقْدُ ، كما لو اشْتَرَى قَفِيزًا مِن صُبْرَةٍ فهَلَكَت . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ السَّلَمَ فى الذِّمَّةِ لا فى عَيْنٍ ، وإنَّما لَزِمَه الدَّفْعُ مِن ثَمَرَةِ[2] العامِ ؛ لتَمَكُّنِه مِن دَفْعِ الواجِبِ منها ، فإن تعَذَّرَ البَعْضُ ، فله الخِيَرَةُ بينَ الصَّبْرِ بالباقى ، وبينَ الفَسْخِ فى الجميعِ . وله أخْذُ المَوْجُودِ ، والفَسْخُ فى الباقى ، فى أصحِّ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّه فَسْخٌ فى بعضِ المَعْقُودِ عليه ، أشْبَهَ البيعَ . وفى الآخَرِ ، لا يجوزُ ؛ لأنَّ السَّلَمَ يَقِلُّ فيه الثَّمَنُ لأَجْلِ التَّأْجِيلِ ، فإذا فَسَخ فى البَعْضِ ، بَقِيَ البَعْضُ بالبَاقى مِن الثَّمَنِ ، وبمَنْفَعَةِ الجُزْءِ الذى فَسَخ فيه ، فلم يَجُزْ ، كما لو شَرَطَه فى ابْتِداءِ العَقْدِ .

وتجوزُ الإقالَةُ فى [١٥٧ظ] السَّلَمِ كلِّه إجْماعًا ، وتجوزُ فى بَعْضِه ؛ لأنَّ الإقالَةَ مَعْروفٌ جاز فى الكُلِّ ، فجاز فى البَعْضِ ، كالإبْراءِ . وعنه ، لا يجوزُ ؛ لِما ذكَرْنا فى الفَسْخِ . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ باقىَ الثَّمَنِ يَسْتَحِقُّ به[3]

---

(١) فى م : « الثمن » .

(٢) بعده فى م : « هذا » .

(٣) سقط من : م .

باقِىَ العِوَضِ . وإذا فَسَخَ العَقْدَ ، رَجَع بالثَّمَنِ ، أو ببَدَلِه إن كان مَعْدُومًا ، وليس له صَرْفُه فى عَقْدٍ آخَرَ قبلَ قَبْضِه ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « مَن أسْلَمَ فى شىءٍ ، فلا يَصْرِفْهُ إلى غَيْرِه »[1] . وقال القاضى : يجوزُ أخْذُ العِوَضِ عنه ؛ لأنَّه عِوَضٌ مُسْتَقِرٌّ فى الذِّمَّةِ ، فأشْبَهَ القَرْضَ . فعلى هذا ، يَصِيرُ[2] حُكْمُه حُكْمَ القَرْضِ على ما سَيأْتِى .

فصل :ولا يَجُوزُ بَيْعُ السَّلَمِ قبلَ قَبْضِه ؛ لأنَّ[3] النبىَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ الطَّعامِ قبلَ قَبْضِه ، وعن رِبْحِ ما لم يَضْمَنْ . رَواه التِّرْمِذِىُّ[4] ، وقال : حديثٌ حسَنٌ صحيحٌ . (٥ ولَفْظُه : « لا يَحِلُّ » ٥) . ولأنَّه مَبِيعٌ لم يَدْخُلْ فى ضَمانِه ، فلم يَجُزْ بَيْعُه ، كالطَّعامِ قبلَ قَبْضِه .

ولا تجوزُ التَّوْلِيَةُ فيه ولا الشَّرِكَةُ ؛ لِما ذكَرْنا فى الطَّعامِ . ولا الحَوَالَةُ به ؛ لأنَّها إنَّما تجوزُ بدَيْنٍ مُسْتَقِرٍّ ، والسَّلَمُ بعَرَضِ[6] الفَسْخِ . ولا تجوزُ الحَوالَةُ علـى مَن عليه سَلَمٌ ؛ لأنَّها مُعاوَضَةٌ بالسَّلَمِ قبلَ قَبْضِه . ولا يجوزُ بَيْعُ السَّلَمِ (٧ مِن بائعِه ٧) قبلَ قَبْضِه ؛ لقَوْلِ النبىِّ ﷺ : « مَن أَسْلَمَ فى شىءٍ ، فلا يَصْرِفْهُ إلى غَيْرِهِ » . ولأنَّه بَيْعٌ للمُسْلَمِ فيه ، فلم يَجُزْ ، كبَيْعِه ، مِن

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ١٦٦.

(٢) فى م : « يكون » .

(٣) فى س ٢ : « لقول » .

(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٩ ، ٦٠ .

(٥ - ٥) سقط من : م .

(٦) فى م : « بعوض » .

(٧ - ٧) سقط من : الأصل .

غيرِه .

فصل : وإذا قَبَضَه فوَجَدَه مَعِيبًا ، (1فله رَدُّه1) وطَلَبُ حقِّه ؛ لأنَّ العَقْدَ يَقْتَضِي السَّلامةَ ، وقد أخَذَ المَعِيبَ عمَّا فى الذِّمَّةِ ، فإذا رَدَّه ، رَجَع إلى ما فى الذِّمَّةِ . وإن حَدَث به عَيْبٌ عندَه ، فهو كما لو حَدَث العَيْبُ فى المَبِيعِ بعدَ[2] قَبْضِه ، على ما مَضَى .

(1 - 1) فى س ٢ : « فرده » .

(2) فى الأصل ، ب : « قبل » .

بَابُ القَرْضِ

ويُسَمَّى سَلَفًا، وأجْمَعَ المُسْلِمون على جَوازِه واسْتِحْبابِه للمُقْرِضِ. ورَوَى ابنُ مَسْعُودٍ أنَّ النبىَّ ﷺ قال: «ما مِن مُسْلِمٍ يُقْرِضُ مُسْلِمًا قَرْضًا مَرَّتَيْنِ، إلَّا كان كصَدَقَةٍ مَرَّةً». رَواه ابنُ ماجه[1].

ويَصِحُّ بلَفْظِ القَرْضِ، وبكلِّ لَفْظٍ يُؤَدِّى مَعْناه، نحوَ أن يقولَ: مَلَّكْتُكَ هذا على أن تَرُدَّ بدَلَه. فإن لم يَذْكُرِ البَدَلَ، فهو هِبَةٌ. وإذا اخْتَلفا، فالقَوْلُ قولُ المُمَلِّكِ[2]؛ لأنَّ التَّمْلِيكَ بغيرِ عِوَضٍ هِبَةٌ.

ويَثْبُتُ المِلْكُ فى القَرْضِ بالقَبْضِ؛ لأنَّه عَقْدٌ يَقِفُ التَّصَرُّفُ فيه على القَبْضِ، فوَقَفَ المِلْكُ عليه، كالهِبَةِ. ولا خِيارَ فيه؛ لأنَّ المُقْرِضَ دَخَل على بَصِيرَةٍ أنَّ الحَظَّ لغيرِه، فهو كالوَاهِبِ.

ويَصِحُّ شَرْطُ الرَّهْنِ فيه؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ رَهَن دِرْعَه على شَعِيرٍ أخَذَه لأَهْلِه. مُتَّفَقٌ عليه[3]. وإن شَرَط فيه الأَجَلَ، لم يتَأَجَّلْ، ووَقَعَ حَالًّا؛ لأنَّ

---

(1) فى: باب القرض، من كتاب الصدقات. سنن ابن ماجه ٢/ ٨١٢. وقال البوصيرى: وهذا إسناد ضعيف. مصباح الزجاجة ٢/٢٥٠، ٢٥١.

(2) فى ف: «الموهوب له».

(3) أخرجه البخارى، فى: باب شراء النبى ﷺ بالنسيئة، وباب شراء الإمام الحوائج لنفسه، وباب شراء الطعام، من كتاب البيوع، وفى: باب من رهن درعه، وباب الرهن عند اليهود، من كتاب الرهن. صحيح البخارى ٣/ ٧٣، ٧٤، ٨١، ١٠١، ١٨٦، ١٨٧. ومسلم، فى: =

التأْجيلَ فى الحالِّ عِدَةٌ وتبَرُّعٌ، فلا يَلْزَمُ، كتأجِيلِ العارِيَّةِ. وإنْ أقْرَضَه تَفارِيقَ، ثم طالبَه به جُمْلَةً، لَزِمَ المُقْتَرِضَ ذلك؛ لِما قُلْناه. فإن أراد المُقْرِضُ الرُّجُوعَ فى عَيْنِ مالِه، وبَذَل المُقْتَرِضُ مثْلَه، فالقَوْلُ قولُ المُقْتَرِضِ؛ لأنَّ المِلْكَ قد زالَ عن العَيْنِ بعِوَضٍ، فأَشْبَهَ البيعَ اللَّازِمَ. وإن أرادَ المُقْتَرِضُ رَدَّ عَيْنِ المالِ، لَزِمَ المُقْرِضَ قَبُولُه؛ لأنَّه بصِفَةِ حقِّه، فلَزِمَه قَبُولُه، كما لو دَفَع إليه المِثْلَ.

فصل: ويصحُّ قرضُ كلِّ ما يصحُّ السَّلَمُ فيه؛ لأنَّه يُمْلَكُ بالبيعِ، ويُضْبَطُ بالصِّفَةِ، فصَحَّ قَرْضُه، كالمَكِيلِ، إلَّا بَنِى آدَمَ، فإنَّ أحمدَ كَرِهَ قَرْضَهم، فيَحْتَمِلُ التَّحْرِيمَ. اخْتارَه القاضى؛ لأنَّه لم يُنْقَلْ، [١٥٨و] ولا هو مِن المَرَافِقِ، ولأنَّه يُفْضِى إلى أنْ يَقْتَرِضَ جارِيَةً يَطَؤُها، ثم يَرُدُّها. ويَحْتَمِلُ الجَوازَ؛ لأنَّ السَّلَمَ فيهم صحيحٌ، فصَحَّ قَرْضُهم، كالبَهائِمِ.

فأمَّا ما لَا يَصِحُّ السَّلَمُ فيه، كالجَواهِرِ، ففيهِ وَجْهانِ؛ أحدُهما، لا يجوزُ. ذكَرَه أبو الخَطَّابِ؛ لأنَّ القَرْضَ يَقْتَضِى رَدَّ المِثْلِ، وهذا لا مِثْلَ له. والثانى، يجوزُ. قالَه القاضى؛ لأنَّ ما لا مثلَ له تَجِبُ قِيمَتُه، والجَواهِرُ كغيرِها فى القِيمَةِ.

ولا يجوزُ القَرْضُ إلَّا فى مَعْلُومِ القَدْرِ، فإن أقْرَضَه فِضَّةً لا يَعْلَمُ وَزْنَها،

= باب الرهن وجوازه فى الحضر والسفر، من كتاب المساقاة. صحيح مسلم ٣/ ١٢٢٦.

كما أخرجه النسائى، فى: باب الرجل يشترى الطعام إلى أجل ...، من كتاب البيوع. المجتبى ٧/ ٢٥٣. وابن ماجه، فى: باب حدثنا أبو بكر بن أبى شيبة، من كتاب الرهون. سنن ابن ماجه ٢/ ٨١٥. والإمام أحمد، فى: المسند ٦/ ٤٢، ١٦٠.

أو مَكِيلًا لا يَعْلَمُ كَيْلَه ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّ القَرْضَ يَقْتَضِى رَدَّ المِثْلِ ، وإذا لم يُعْلَمْ ، لم يتَمَكَّنْ مِن القَضاءِ .

فصل : ويجِبُ رَدُّ المِثْلِ فى المِثْلِيَّاتِ ؛ لأنَّه يَجِبُ مِثْلُه فى الإتْلافِ ، ففى القَرْضِ أوْلَى . فإن أعْوَزَ المِثْلُ ، فعليه قِيمَتُه [(1)] حينَ أعْوَزَ [(1)] ؛ لأنَّها حِينَئِذٍ ثبَتَتْ فى الذِّمَّةِ . وفى غيرِ المِثْلِيِّ وَجْهَانِ ؛ أحدُهما ، يَرُدُّ القِيمَةَ ؛ لأنَّ ما أوْجَبَ المِثْلَ فى المِثْلِيِّ أوْجَبَ القِيمَةَ فى غيرِه ، كالإتْلافِ . والثانى ، يَرُدُّ المِثْلَ ؛ لِما روَى أبو رافِعٍ أنَّ النبيَّ ﷺ اسْتَسْلَفَ مِن رَجُلٍ بَكْرًا ، فقَدِمَتْ عليه [(2)] إبلُ الصَّدَقَةِ ، فأمَرَ أبا رافِعٍ أنْ يَقْضِيَ الرَّجُلَ بَكْرَه ، فرجَعَ إليه أبو رافعٍ ، فقالَ : يارسولَ اللَّهِ ، لم أجِدْ فيها إلَّا خِيَارًا رَبَاعِيًا [(3)] ، فقالَ : « أعْطِهِ إيَّاهُ ، فإنَّ [(4)] خَيْرَ النَّاسِ أحْسَنُهُمْ قَضاءً » . رَواه مسلمٌ [(5)] . ولأنَّ ما يثْبُتُ فى الذِّمَّةِ فى السَّلَمِ يَثْبُتُ فى القَرْضِ ، كالمِثْلِيِّ [(6)] ، بخِلافِ الإتْلافِ ، فإنَّه عُدْوانٌ [(7)] ، فأوْجَبَ القِيمَةَ ؛ لأنَّها أحصَرُ ، والقَرْضُ ثبَتَ للمَرْفِقِ ، فهو أسْهَلُ . فعلى هذا ، يُعْتَبَرُ مثلُه فى الصِّفاتِ تَقْرِيبًا . فإن قُلْنا : يَرُدُّ القِيمَةَ . اعْتُبِرَتْ حينَ القَرْضِ ؛ لأنَّها حِينَئِذٍ تجِبُ .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) رباعيا : يقال للذكر من الإبل إذا طلعت رباعيته : رَبَاع ، والأنثى رَباعيَة ، بالتخفيف ، وذلك إذا دخلا فى السنة السابعة . النهاية ٢/ ١٨٨.

(٤) بعده فى م : « من » .

(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ١٥٦ ، ١٥٧ .

(٦) سقط من : م .

(٧) فى م : « عدول » .

فصل : ويجوزُ قَرْضُ الخُبْزِ ، ورَدُّ مِثْلِه عَدَدًا بغيرِ وَزْنٍ فى الشىءِ اليَسِيرِ . وعنه ، لا يجوزُ إلَّا بالوَزْنِ ، قِياسًا على المَوْزُونَاتِ . ووَجْهُ الأوَّلِ ما رَوَتْ عائشَةُ قالَت : قلتُ : يارسولَ اللَّهِ ، إنَّ الجِيرانَ يَقْتَرِضُون الخُبْزَ والخَمِيرَ ، ويَرُدُّونَ زِيادَةً ونُقْصانًا . فقالَ : « لَا بَأْسَ ، إنَّما ذلِك مِن مَرافِقِ النَّاسِ (١) لا يَقْصِدُون به الفَضْلَ (١) » . وعن مُعاذٍ أنَّه سُئِلَ عن اقْتِراضِ الخُبْزِ والخَمِيرِ ، فقال : « سبحانَ اللَّهِ ! إنَّما هذا مِن مَكارِمِ الأخْلاقِ ، فَخُذِ الكبيرَ وأَعْطِ الصَّغيرَ ، وخُذِ الصَّغيرَ وأعْطِ[2] الكبيرَ ، خَيْرُكُم أَحْسَنُكُمْ قَضاءً » . سمِعْتُ رسولَ اللَّهِ ﷺ يقولُ ذلك . رَواهُما أبو بَكْرٍ فى « الشَّافِى »[3] .

فصل : فإن أقْرَضَه فُلُوسًا ، أو مُكَسَّرَةً ، فحَرَّمَها السُّلْطانُ وتُرِكَتِ المُعامَلَةُ بها ، فعليه قِيمَتُها يومَ أخَذَها . نَصَّ عليه ؛ لأنَّه مَعْنًى[4] مَنَع إنْفَاقَها ، فأَشْبَهَ تَلَفَ أجْزائِها . فإن لم تُتْرَكِ المُعامَلَةُ بها ، لكنْ رَخُصَتْ[5] ، فليس له إلَّا مثلُها ؛ لأنَّها لم تَتْلَفْ ، إنَّما تغَيَّرَ سِعْرُها ، فأشْبَهَتِ الحِنْطَةَ إذا رَخُصَتْ .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) فى الأصل : « خذ » .

(٣) الحديث الأول عزاه فى الإرواء لابن الجوزى فى التحقيق . وانظر ما أخرجه ابن عدى فى الكامل ٦/ ٢١٧٠.

والحديث الثانى أخرجه الطبرانى ، فى : المعجم الكبير ٢٠/ ٩٦. وفى : مسند الشاميين ١/ ٢٣٣. وضعف الحديثين فى الإرواء ٥/ ٢٣٢، ٢٣٣.

(٤) سقط من : م .

(٥) فى الأصل : « نقصت » .

فصل: ولا يجوزُ أن يَشْتَرِطَ فى القَرْضِ شَرْطًا يَجُرُّ به نَفْعًا؛ مثلَ أن يَشْتَرِطَ رَدَّ أجْوَدَ منه أو أكْثَرَ، أو[1] أن يَبِيعَه، أو[2] يَشْتَرِىَ منه، أو يُؤْجِرَه، أو يَسْتَأْجِرَ منه، أو يُهْدِىَ له، أو يَعْمَلَ له عَمَلًا، ونحوَه؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعٍ وسَلَفٍ. روَاه [3]التِّرْمِذِىُّ، وقال: حديثٌ حسنٌ صحيحٌ[3]. وعن أُبَىِّ بنِ كَعْبٍ، وابنِ مَسْعُودٍ، وابنِ عَبَّاسٍ، رَضِىَ اللَّهُ عنهم، أنَّهم نَهَوْا عن قَرْضٍ جَرَّ مَنْفَعَةً. ولأنَّه عَقْدُ إرْفاقٍ، وشَرْطُ ذلك يُخْرِجُه عن مَوْضُوعِه [١٥٨ظ]. وإن شَرَط أن يُوَفِّيَه فى بَلَدٍ آخَرَ، أو[4] يَكْتُبَ [5]له به[5] سُفْتَجَةً[6] إلى بَلَدٍ فى حَمْلِه إليه نَفْعٌ، لم يَجُزْ لذلك. وإن لم يكنْ لحَمْلِه مُؤْنَةٌ، فعنه الجوازُ؛ لأنَّ هذا ليس بزِيادَةِ قَدْرٍ ولا صِفَةٍ، فلم يَفْسُدْ به القَرْضُ، كشَرْطِ الأجَلِ. وعنه فى السُّفْتَجَةِ مُطْلَقًا رِوايَتان؛ لأنَّها مَصْلَحَةٌ لهما جميعًا.

وإن شَرَط رَدَّ دُون ما أخَذَ، لم يَجُزْ؛ لأنَّه يُنافِى مُقْتَضاه، وهو رَدُّ المِثْلِ، فأَشْبَهَ شَرْطَ الزِّيادَةِ. ويَحْتَمِلُ أن لا يَبْطُلَ؛ لأنَّ نَفْعَ المُقْتَرِضِ لا يَمْنَعُ

---

(١) فى م: «و».
(٢) فى م: «وأن».
(٣ - ٣) فى م: «أبو داود».
والحديث تقدم تخريجه فى صفحة ٥٩، ٦٠.
(٤) سقط من: الأصل، وفى م: «و».
(٥ - ٥) فى م: «فيه».
(٦) السفتجة: أن يدفع رجل مالا لرجل، وللمدفوع له مال فى بلد الدافع، فيوفيه إياه هناك، ويكون ذلك بسبب خوف الطريق.

منه ؛ لأَنَّ القَرْضَ إنَّما شُرِعَ رِفْقًا به ، فأَشْبَهَ شَرْطَ الأَجَلِ ، بخِلافِ الزِّيادَةِ .

وكُلُّ موضعٍ بَطَلَ الشَّرْطُ[1] ، ففى القَرْضِ وَجْهان ؛ أحدُهما ، يَبْطُلُ ؛ لأنَّه قد رُوِىَ : « كلُّ قَرْضٍ جَرَّ مَنْفَعَةً ، فهو رِبًا »[2] . والثانى ، لا يَبْطُلُ ؛ لأنَّ القَصْدَ إرْفاقُ المُقْتَرِضِ ، فإذا بَطَل الشَّرْطُ ، بَقِىَ الإرْفاقُ بحالِه .

فصل : وإن وَفَّاه خَيْرًا منه فى القَدْرِ أو الصِّفَةِ ، مِن غيرِ شرطٍ ولا مُواطأَةٍ ، جاز ؛ لحديثِ أبى رافِعٍ[3] . وإن كَتَب [4]له به[4] سُفْتَجَةً ، أو قَضاه فى بلَدٍ آخَرَ ، أو أهْدَى إليه[5] هَدِيَّةً بعدَ الوَفاءِ ، فلا بَأْسَ لذلك . وقال ابنُ أبى موسى : إن زادَه مَرَّةً ، لم يَجُزْ أن يأْخُذَ فى المَرَّةِ الثانِيَةِ [6]زِيادةً ، قولًا[6] واحدًا .

ولا يُكْرَهُ قَرْضُ المَعْرُوفِ بحُسْنِ القَضاءِ . وذَكَرَ القاضى وَجْهًا فى كَراهَتِه ؛ لأنَّه يطْمَعُ فى حُسْنِ عادَتِه . والأوَّلُ أصحُّ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ كانَ مَعْرُوفًا بحُسْنِ القَضاءِ ، فلم يكنْ قَرْضُه مَكْرُوهًا ، ولأَنَّ خَيْرَ الناسِ أحْسَنُهم قَضاءً ، ففى كَراهَةِ قَرْضِه تَضْييقٌ على خَيْرِ الناسِ ، وذَوِى المُرُوءاتِ .

---

(١) بعده فى م : « فيه » .

(٢) أخرجه الحارث بن أبى أسامة عن على مرفوعا ، انظر : باب فى القرض يجر المنفعة ، من كتاب البيوع . زوائد الحارث ١٤١، ١٤٢. وفيه سوار بن مصعب وهو متروك . وانظر : المطالب العالية ١/ ٤١١. والتلخيص الحبير ٣/ ٣٤.

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ١٥٦ ، ١٥٧ .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

(٥) فى ف : « له » .

(٦ - ٦) فى م : « وجها » .

فصل : وإن أهْدَى له قبلَ الوَفاءِ مِن غيرِ عادَةٍ ، أو اسْتَأْجَرَ منه بأكْثَرَ مِن الأُجْرَةِ ، أو أجَرَه شيئًا بأَقَلَّ ، أو اسْتَعْمَلَه عمَلًا ، فهو خَبِيثٌ ، إلَّا أن يحْسُبَه مِن دَيْنِه ، كما[1] روَى الأثْرَمُ أنَّ رجلًا كان له على سَمَّاكٍ عِشْرُون دِرْهَمًا ، فجَعَل يُهْدِى إليه السَّمَكَ ويُقَوِّمُه ، حتى بلَغَ ثَلاثَةَ عشَرَ دِرْهَمًا ، فسأَلَ ابنَ عَبَّاسٍ ، فقالَ : أعْطِه سَبْعَةَ دَراهِمَ[2] . وروَى ابنُ ماجَه[3] ، عن أنسٍ قال : قال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « إذا أقْرَضَ أحَدُكُمْ قَرْضًا ، فأَهْدَى إليه ، أو حَمَلَه على الدّابَّةِ ، فلا يَرْكَبْها ، ولا يَقْبَلْهُ ، إلَّا أن يَكُونَ جَرَى بينَه وبينَه قبلَ ذلك » . فإن كانَ بينَهما عادَةٌ بذلك قبلَ القَرْضِ ، أو كافَأَه ، فلا بَأْسَ ؛ لهذا الحديثِ .

فصل : فإنْ أفْلَسَ غَرِيمُه ، فأَقْرَضَه ليُوَفِّيَه كلَّ شَهْرٍ شيئًا منه ، جاز ؛ لأنَّه إنَّما انْتَفَع باسْتِيفَاءِ ما يُسْتَحَقُّ اسْتِيفاؤُه . ولو كان له طَعامٌ عليه ، فأَقْرَضَه ما يَشْتَرِيه به ويُوَفِّيه ، جاز لذلك . ولو أرادَ تَنْفِيذَ نفَقَةٍ إلى عِيالِه ، فأَقْرَضَها رَجُلًا ليُوَفِّيَها لهم ، فلا بَأْسَ ؛ لأنَّه مَصْلَحَةٌ لهما ، لا ضرَرَ فيه ، ولا يَرِدُ الشَّرْعُ بتَحْرِيمِ ذلك . قال القاضى : ويجوزُ قَرْضُ مالِ اليَتيمِ للمَصْلَحَةِ ، مثلَ أن يُقْرِضَه فى بَلَدٍ ليُوَفِّيَه فى بَلَدٍ آخَرَ ؛ ليَرْبَحَ خَطَرَ الطَّرِيقِ . وفى مَعْنَى هذا ، قَرْضُ الرَّجُلِ فَلَّاحه حَبًّا يَزْرَعُه فى أرْضِه ، أو ثَمَنًا يَشْتَرِى به بقَرًا ، وغيرَها ؛ لأنَّه مَصْلَحَةٌ لهما . وقال ابنُ أبى موسى : هذا خَبِيثٌ .

---

(١) فى م : « لما » .

(٢) أخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى ٥/ ٣٥٠ .

(٣) فى : باب القرض ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢/ ٨١٣ . وضعف البوصيرى إسناده . انظر : مصباح الزجاجة ٢/ ٢٥٣ .

فصل: إذا قال المُقْرِضُ: إن مِتُّ، فأنتَ فى حِلٍّ. فهى وَصِيَّةٌ صحيحةٌ. وإن قال: إن مِتَّ، فأنتَ فى حِلٍّ. لم يَصِحَّ؛ لأنَّه إبْراءٌ عُلِّق على شَرْطٍ. [١٥٩و] وإن قال: اقْتَرِضْ لى مِائةً ولك عشَرَةٌ. صحَّ؛ لأنَّها جَعَالَةٌ على ما بَذَلَه مِن جاهِه. وإن قال: تَكَفَّلْ عنِّى بمِائةٍ ولك عَشَرَةٌ. لم يَجُزْ؛ لأنَّه يَلْزَمُه أداءُ ما كفلَ به، فيَصِيرُ [١] له على المَكْفُولِ[٢]، فيَصِيرُ[١] بمَنْزِلَةِ مَن أقْرَضَه مِائةً، فيَصِيرُ قَرْضًا جَرَّ نَفْعًا. ولو أقْرَضَه تِسْعِينَ عدَدًا بمائةٍ عدَدًا، وَزْنُهما واحدٌ، وكانَتْ لا تَنْفَقُ برُءُوسِها[٣]، فلا بَأْسَ به[٤]؛ لأنَّه لا تَفاوُتَ بَيْنَهما فى قِيمَةٍ ولا وَزْنٍ، وإن كانَت تَنْفَقُ فى مَوْضِعٍ برُءُوسِها[٥]، لم يَجُزْ؛ لأنه زِيادَةٌ.

فصل: وإن أقْرَضَه نِصْفَ دِينارٍ، فأتاه بدِينارٍ صحيحٍ، وقال: خُذْ نِصْفَه وَفاءً، ونِصْفَه وَدِيعَةً. أو: سَلَمًا. جاز. وإنِ امْتنَعَ مِن أخْذِه، لم يَلْزَمْه؛ لأنَّ عليه ضرَرًا فى الشَّرِكَةِ، والسَّلَمُ عَقْدٌ يُعْتَبَرُ فيه الرِّضَا. ولو أقْرَضَه نِصْفًا قُراضَةً على أن يُوَفِّيَه نِصْفًا صحيحًا، لم يَجُزْ؛ لأنَّه شَرَطَ زِيادَةً.

(١ - ١) سقط من: الأصل.

(٢) بعده فى ف: «عنه».

(٣) فى م: «رءوسهما».

(٤) زيادة من: م.

(٥) فى م: «برءوسهما».

بَابُ الرَّهْنِ

وهو المالُ يُجْعَلُ وَثِيقَةً بالدَّيْنِ لِيُسْتَوْفَى[1] منه إن تعَذَّرَ وَفاؤُه مِن المَدِينِ.

ويجوزُ فى السَّفَرِ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾[2]. وفى الحَضَرِ؛ لِما روَتْ عائشةُ، رَضِىَ اللَّهُ عنها، أنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ اشْتَرَى مِن يَهُودِىٍّ طعامًا، ورَهَنَه دِرْعَه. [3]مُتَّفَقٌ عليه[3]. ولأنَّه وَثِيقَةٌ جازَت فى السَّفَرِ، فتَجُوزُ فى الحَضَرِ، كالضَّمانِ والشَّهادَةِ.

فصل: ويجوزُ الرَّهْنُ بعِوَضِ القَرْضِ؛ للآيَةِ، وبثَمَنِ المَبِيعِ؛ للخَبَرِ، وبكلِّ دَيْنٍ يُمْكِنُ اسْتِيفاؤُه منه؛ كالأُجْرَةِ، والمَهْرِ، وعِوَضِ الخُلْعِ، ومالِ الصُّلْحِ، وأَرْشِ الجِنايَةِ والعَيْبِ، وبدَلِ المُتْلَفِ؛ قِياسًا على الثَّمَنِ وعِوَضِ القَرْضِ. وفى دَيْنِ السَّلَمِ[4] رِوايَتان؛ إحْداهُما، يَصِحُّ الرَّهْنُ به؛ للآيَةِ والمَعْنَى. والأُخْرَى، لا يجوزُ؛ لأنَّه لا يَأْمَنُ هَلاكَ الرَّهْنِ بعُدْوانٍ، فيصيرُ

---

(١) فى م: «المستوفى».

(٢) سورة البقرة ٢٨٣.

وفى س١، س٢، ب: «فرُهُنٌ». وهى قراءة أبى عمرو وابن كثير، وقرأ الباقون بكسر الراء وبألف بعد الهاء، وهو المثبت. انظر: الكشف عن وجوه القراءات السبع ١/٣٢٢.

(٣ - ٣) سقط من: م.

والحديث تقدم تخريجه فى صفحة ١٧١، ١٧٢.

(٤) فى م: «المسلم».

مُسْتَوْفِيًا حقَّه مِن غيرِ المُسْلَمِ فيه، وقد قال النبيُّ ﷺ: «مَن أَسْلَمَ فى شىءٍ، فلا يَصْرِفْهُ إِلَى غَيْرِه»[1].

فصل: ولا يجوزُ الرَّهْنُ بمالِ الكِتابَةِ؛ لأَنَّه غيرُ[2] لازِمٍ، فإِنَّ للعَبْدِ تَعْجِيزَ نَفْسِه، ولا يُمْكِنُ اسْتِيفاؤُه مِن الرَّهْنِ؛ لأَنَّه لو عجَزَ، صار هو والرَّهْنُ لسَيِّدِه. ولا يجوزُ بما تَحْمِلُ العاقِلَةُ مِن الدِّيَةِ قبلَ الحَوْلِ؛ لأَنَّه لم يجِبْ، ولا يُعْلَمُ أنَّ مآلَه إلى الوُجوبِ، فإِنَّه يَحْتَمِلُ حُدُوثُ ما يَمْنَعُ وُجُوبَه. ويجوزُ الرَّهْنُ به بعدَ الحَوْلِ؛ لأَنَّه دَيْنٌ مُسْتَقِرٌّ. ولا يجوزُ بالجُعْلِ فى الجَعَالَةِ قبلَ العَمَلِ؛ لعدَمِ الوُجوبِ، ويجوزُ بعدَه. وقال القاضى: يَحْتَمِلُ جوازَ الرَّهْنِ به قبلَ العملِ؛ لأَنَّ مآلَه إلى الوُجُوبِ.

ولا يَصِحُّ الرَّهْنُ بما ليس بثابِتٍ فى الذِّمَّةِ؛ كالثَّمَنِ المُتَعَيِّنِ، والأُجْرَةِ المُتَعَيِّنَةِ، والمنافِعِ المُعَيَّنَةِ، نحوَ أن يقولَ: أجَرْتُكَ دارِى هذه شَهْرًا. لأَنَّ العَيْنَ لا يُمْكِنُ اسْتِيفاؤُها مِن الرَّهْنِ، ويَبْطُلُ العَقْدُ بتَلَفِها. وقِياسُ هذا أَنَّه لا يَصِحُّ الرَّهْنُ بالأعْيانِ المَضْمُونَةِ؛ كالمَغْصُوبِ[3]، والعارِيَّةِ، والمَقْبُوضِ على وَجْهِ السَّوْمِ؛ [4]لأَنَّه إن أَخَذ الرَّهْنَ على عَيْنِها لم يَصِحَّ[4]، لتعَذُّرِ اسْتِيفَاءِ العَيْنِ مِن الرَّهْنِ. وإنْ جعَلَه رَهْنًا[5] بقِيمَتِها [4]إذا تَلِفَتْ[4]، كانَ رَهْنًا بما لم يَجِبْ، ولا يعلَمُ أنَّ مآلَه إلى الوُجُوبِ. وقال القاضى: قِياسُ

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ١٦٦ .

(٢) فى م: «غريم».

(٣) فى ب: «كالغصوب».

(٤ - ٤) زيادة من: «ف».

(٥) زيادة من: الأصل.

المَذْهَبِ صِحَّةُ الرَّهْنِ بها ؛ لصِحَّةِ الكَفالَةِ بها .

فصل : ويصِحُّ الرَّهْنُ بالحقِّ بعدَ ثُبوتِه ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ ﴾ . [١٥٩ظ] إلى قولِه : ﴿ فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾[1] . ومع ثُبوتِه ، وهو أن يَشْتَرِطَ الرَّهْنَ فى عَقْدِ البيعِ أو[2] القَرْضِ ؛ لأنَّ الحاجَةَ داعِيَةٌ إليه ، فإنَّه لو لم يَشْتَرِطْه ، لم يَلْزَمِ الغَرِيمَ الرَّهْنُ . وإن رَهَن قبلَ الحقِّ ، لم يَصِحَّ فى ظاهرِ المَذْهَبِ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ ، والقاضى ؛ لأنَّه تابِعٌ للدَّيْنِ ، فلا يجوزُ قبلَه ، كالشَّهادَةِ . واخْتارَ أبو الخَطَّابِ صِحَّتَه . فإذا دَفَع إليه رَهْنًا على عشَرَةِ دَراهِمَ يُقْرِضُها إيّاه ، ثم أقْرَضَه، لَزِم الرَّهْنُ ؛ لأنَّه وَثِيقَةٌ بحَقٍّ ، فجاز عَقْدُها قبلَه ، كالضَّمانِ .

فصل : ولا يَلْزَمُ الرَّهْنُ مِن جِهَةِ المُرْتَهِنِ ؛ لأنَّ العَقْدَ لحَظِّه وحدَه ، فكان له فَسْخُه ، كالمَضْمُونِ له . ويَلْزَمُ مِن جِهَةِ الرّاهِنِ ؛ لأنَّ الحَظَّ لغيرِه ، فلَزِم مِن جِهَتِه ، كالضَّمانِ فى حقِّ الضامِنِ ، ولأنَّه وَثِيقَةٌ ، فأَشْبَهَ الضَّمانَ . ولا يَلْزَمُ إلَّا بالقَبْضِ ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾[1] . ولأنَّه عَقْدُ إرْفاقٍ ، فافْتقَرَ إلى القَبْضِ ، كالقَرْضِ . وعنه فى غيرِ المَكِيلِ والمَوْزُونِ ، أنَّه يَلْزَمُ بمُجَرَّدِ العَقْدِ ؛ قِياسًا على البيعِ . والأَوَّلُ المَذْهَبُ ؛ لأنَّ البيعَ مُعاوَضَةٌ ، وهذا إرْفَاقٌ ، فهو أَشْبَهُ بِالقَرْضِ . وإذا كان الرَّهْنُ فى يَدِ الرَّاهِنِ ، لم يَجُزْ

---

(١) سورة البقرة ٢٨٢، ٢٨٣.

وفى النسخ كلها عدا م :﴿ فَرُهُنٌ ﴾ . وانظر صفحة ١٧٩ .

(٢) فى م : « و » .

قَبْضُه إلَّا بإذْنِه ؛ لأنَّه له قبلَ القَبْضِ ، فلا يَمْلِكُ المُرْتَهِنُ إسْقاطَ حقِّه بغيرِ إذْنِه ، كالمَوْهُوبِ . وإن كانَ فى يَدِ المُرْتَهِنِ ، فظاهِرُ كلامِه لُزومُه بمُجَرَّدِ العَقْدِ ؛ لأنَّ يدَه ثابِتَةٌ عليه[1] ، وإنَّما يُعْتَبَرُ الحكمُ فقَطْ ، فلم يَحْتَجْ إلى قَبْضٍ ، كما لو مَنَع الوَدِيعَةَ ، صارَت مَضْمُونَةً . وقال القاضى وأصْحابُه : لا يَلْزَمُ حتى تَمْضِىَ مُدَّةٌ يتأَتَّى قَبْضُه فيها . ولو كان غائبًا ، لا يَصِيرُ مَقْبُوضًا حتى يُوافِيَه هو أو وَكِيلُه ، ثم تَمْضِىَ مُدَّةٌ يُمْكِنُ قَبْضُه فيها ؛ لأنَّ العَقْدَ يَفْتَقِرُ إلى القَبْضِ ، ولا يَحْصُلُ[2] القَبْضُ إلَّا بفِعْلِه أو إمْكانِه . ثم هل يَفْتَقِرُ إلى إذْنِ الرّاهِنِ فى القَبْضِ ، على وَجْهَيْنِ ؛ أحدُهما ، لا يَفْتَقِرُ إليه ؛ لأنَّ إقْرارَه عليه كإذْنِه فيه . والثانى ، يَفْتَقِرُ ؛ لأنَّه قَبْضٌ يَلْزَمُ به[3] عَقْدٌ غيرُ لازِمٍ ، فافْتَقَرَ إلى الإذْنِ ، كما لو لم يكنْ فى يَدِه .

فصل : وإذا أذِن فى القَبْضِ ، ثم رَجَع عنه قبلَ القَبْضِ ، أو قبلَ مُضِىِّ مُدَّةٍ يتَأَتَّى القَبْضُ لِمَا فى يَدِه فيها ، فهو كمَن لم يَأْذَنْ ؛ لأنَّ الإذْنَ قد زالَ . وإن أَذِن فيه ثم جُنَّ أو أُغْمِىَ عليه ، زال الإذْنُ ؛ لخُروجِه عن كَوْنِه مِن أهْلِه . ويقومُ وَلِىُّ المَجْنُونِ مَقامَه ؛ إن رأَى الحَظَّ فى القَبْضِ أذِنَ فيه ، وإلَّا فلَا .

وإن تصَرَّفَ الرَّاهِنُ فى الرَّهْنِ قبلَ قَبْضِه ؛ بعِتْقٍ ، أو هِبَةٍ ، أو بَيْعٍ ، أو

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « يلزم » .

(٣) سقط من : الأصل .

جَعْلِه مَهْرًا ، بَطَل الرَّهْنُ ؛ لأنَّ هذه التَّصَرُّفاتِ تَمْنَعُ الرَّهْنَ ، فانْفَسخَ بها . وإن رَهَنَه ، بَطَل الأَوَّلُ ؛ لأنَّ المَقْصُودَ منه يُنافِى الرَّهْنَ[(١)] الأَوَّلَ . وإن دَبَّرَه ، أو أجَرَهُ ، أو زَوَّجَ الأمَةَ ، لم يَبْطُلِ الرَّهْنُ ؛ لأنَّ هذه التَّصَرُّفاتِ لا تَمْنَعُ البَيْعَ ، فلا تَمْنَعُ صِحَّةَ الرَّهْنِ . وإن كاتَبَ العَبْدَ ، وقُلْنا : يَصِحُّ رَهْنُ المُكاتَبِ . لم يَبْطُلْ بكِتابَتِه ؛ لأنَّه لا يُنافِيها . وإن قُلْنا : لا يَصِحُّ رَهْنُه . بَطَل بها ؛ لِتَنَافيهما[(٢)] .

فصل : وإنْ ماتَ أحدُ المُتَراهِنَيْنِ ، لم يَبْطُلِ الرَّهْنُ ؛ لأنَّه عقدٌ لا يُبْطِلُه الجُنُونُ ، أو مآلُه إلى اللُّزومِ ، فلم يُبْطِلْه الموتُ ، كبيعِ الخيارِ . ويقومُ وارثُ المَيِّتِ مَقامَه فى الإقْبَاضِ والقَبْضِ ، فإن لم يكنْ على الرّاهِنِ دَيْنٌ سِوَى دَيْنِ الرَّهْنِ ، فلوارِثِه إقْباضُه . وإن كان عليه دَيْنٌ سِواه ، فليس له إقْباضُه ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ تَخْصِيصَ بعضِ الغُرَماءِ برَهْنٍ . وعنه ، له إقْباضُه ؛ لأنَّ المُرْتَهِنَ لم يَرْضَ بمُجَرَّدِ [١٦٠و] الذِّمَّةِ ، بخِلافِ غيرِه . والأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لأنَّ حُقوقَ الغُرَماءِ تعَلَّقَت بالتَّرِكَةِ قبلَ لُزومِ حقِّه ، فلم يَجُزْ تَخْصِيصُه به[(٣)] بغيرِ رِضاهم ، كما لو أفْلَسَ الرّاهِنُ . فإنْ أَذِن الغُرَماءُ فى إقْباضِه ، جاز ؛ لأنَّ الحقَّ لهم ، فإذا قبَضَه ، لَزِم ، سَواءٌ مات قبلَ الإذْنِ فى القَبْضِ أو بعدَه .

فصل : وإن حُجِر على الرّاهِنِ قبلَ القَبْضِ ، لم يَمْلِكْ إقْباضَه ، فإن كان الحَجْرُ لسَفَهٍ ، قامَ وَلِيُّه مَقامَه ، كما لو جُنَّ . وإن كان لفَلَسٍ ، لم يَجُزْ

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « لتنافيها » .

(٣) سقط من : م .

لأحَدٍ إقْباضُه إلَّا بإذْنِ الغُرَماءِ؛ لأنَّ فيه تَخْصِيصَ المُرْتَهِنِ بثَمَنِه دُونَهم.

فصل: ومتى امْتَنَعَ الرّاهِنُ مِن إقْباضِه، وقُلْنا: إنَّ القَبْضَ ليس بشَرْطٍ فى لُزومِه. أجْبَرَه الحاكِمُ. وإنْ قُلْنا: هو شَرْطٌ. لم يُجْبِرْه، وبَقِىَ الدَّيْنُ بغيرِ رَهْنٍ. وهكذا إنِ انْفَسخَ الرَّهْنُ قبلَ القَبْضِ، إلَّا أن يكونَ مَشْرُوطًا فى بَيْعٍ، فيكونَ للبائعِ الخِيارُ بينَ فَسْخِ البَيْعِ وإمْضائِه؛ لأنَّه لم يُسَلِّمْ له ما شَرَط، فأَشْبَهَ ما لو شرَطَ صِفَةً فى المَبِيعِ فبانَ بخِلافِها.

وإنْ قبَضَ الرَّهْنَ فوَجدَه مَعِيبًا، فله الخِيارُ؛ لأنَّه لم يُسَلِّمْ له ما شَرَطَه، فإنْ رَضِيَه مَعِيبًا، فلا أَرْشَ له؛ لأنَّ الرَّهْنَ إنَّما لَزِمَ فيما قَبَضَ دونَ الجُزْءِ الفائتِ. وإن حَدَث العَيْبُ أو تَلِف الرَّهْنُ فى يَدِ المُرْتَهِنِ، فلا خِيارَ له؛ لأنَّ الراهِنَ قد وَفَّى له بما شَرَطَه. فإنْ تعَيَّبَ عندَه، ثم أصابَ به عَيْبًا قدِيمًا، فله رَدُّه وفَسْخُ البَيْعِ؛ لأنَّ العَيْبَ الحادِثَ عندَه لا يجِبُ ضَمانُه على المُرْتَهِنِ. وخَرَّجَه القاضى على الرِّوايتَيْن فى البَيْعِ. وإن عَلِم بالعَيْبِ بعدَ تَلَفِه، لم يَمْلِكْ فَسْخَ البيعِ؛ لأنَّه قد تعَذَّرَ عليه رَدُّ الرَّهْنِ لهَلاكِه.

فصل: ولا يَنْفَكُّ شىءٌ مِن الرَّهْنِ حتى يَقْضِىَ جميعَ دَيْنِه؛ لأنَّه وَثِيقَةٌ به، فكان وَثِيقَةً بكلِّ جُزْءٍ منه، كالضَّمانِ. فإن رَهَن شيئًا مِن رَجُلَيْن، أو رَهَن رَجُلانِ رَجُلًا شيئًا، فبَرِئَ أحدُهما، أو بَرِئَ الراهِنُ مِن دَيْنِ أحَدِهما، انْفَكَّ نِصْفُ الرَّهْنِ؛ لأنَّ الصَّفْقَةَ[1] التى فى أحَدِ طرَفَيْها عاقِدانِ، عَقْدانِ[2]، فلا يَقِفُ انْفِكاكُ أحَدِهما على انْفِكاكِ الآخَرِ، كما

(١) فى م: «الصفة».
(٢) سقط من: م.

لو فرَّقَ بينَ العَقْدَيْن . وإن أرادَ الرّاهِنُ مُقاسَمةَ المُرْتَهِنِ فى الأُولَى ، أو أرادَ الرّاهِنان القِسْمَةَ فى الثانيةِ ولا ضررَ فيها ، كالحُبُوبِ والأَدْهَانِ ، أُجْبِرَ المُمْتَنِعُ عليها ، وإن كان فيها ضررٌ ، لم يُجْبَرْ عليها ، كغَيْرِ الرَّهْنِ ، ويَبْقَى الرَّهْنُ مُشاعًا .

فصل : واسْتِدامَةُ القَبْضِ كابْتِدائِه فى الخِلَافِ فى اشْتِراطِه ؛ للآيَةِ ، ولأنَّها إحْدَى حالَتَي الرَّهْنِ ، فأَشْبَهَتْ الابْتِداءَ ، فإنْ قُلْنا باشْتِراطِه ، فأَخْرجَه المُرْتَهِنُ عن يَدِه باخْتِيارِه إلى الرّاهِنِ ، زال لُزُومُه ، وبَقِىَ كالذى لم يُقْبَضْ ، مثلَ أن أجَرَهُ إيَّاه ، أو أوْدَعَه ، أو أعارَه أو غير ذلك . فإن رَدَّه الرّاهِنُ إليه ، عادَ اللُّزومُ بحُكْمِ العَقْدِ السابِقِ ؛ لأنَّه أقْبَضَه باخْتِيارِه ، فلَزِمَ كالأوَّلِ . وإن أُزِيلَت يَدُ المُرْتَهِنِ بعُدْوَانٍ ، كغَصْبٍ ونحوِه ، فالرَّهْنُ بحالِه ؛ لأنَّ يدَه ثابِتَةٌ حُكْمًا ، فكأنَّها لم تَزُلْ .

فصل : والرَّهْنُ أَمانَةٌ فى يَدِ المُرْتَهِنِ ، إنْ تَلِفَ بغيرِ تَعَدٍّ منه ، لم يَضْمَنْه ، ولم يَسْقُطْ شىءٌ مِن دَيْنِه ؛ لِما روَى الأَثْرَمُ ، عن سعيدِ بنِ المُسَيَّبِ قال : قضَى (١ رسولُ اللَّهِ ﷺ ١) أنَّ الرَّهْنَ لا يَغْلَقُ ، والرَّهْنُ مِمَّن رَهَنَه (٢) .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) أخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ٨/ ٢٣٧، ٢٣٨ . وابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٧/ ١٨٧ . وابن حزم ، فى : المحلى ٨/ ٥٠٠ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٦/ ٣٨ .

والشطر الأول أخرجه الإمام مالك ، فى : باب ما لا يجوز من غلق الرهن ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢/ ٧٢٨ . ووصله ابن ماجه من حديث أبى هريرة ، فى : باب لا يغلق الرهن ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢/ ٨١٦ . وانظر الكلام على الحديث فى : التلخيص الحبير ٣/ ٣٦، ٣٧، الإرواء ٥/ ٢٣٩ - ٢٤٣ .

[١٦٠ظ] ولأنَّه وَثِيقَةٌ بدَيْنٍ ليس بعِوَضٍ عنه، فلم يَسْقُطْ بهَلاكِه، كالضَّامِنِ. وإن كان الرَّهْنُ فاسِدًا، لم يَضْمَنْه؛ لأنَّ ما لا يُضْمَنُ بالعَقْدِ الصَّحيحِ لا يُضْمَنُ بالفاسِدِ(١).

وإن وَقَّتَ الرَّهْنَ، فتَلِف بعدَ الوَقْتِ، ضَمِنَه؛ لأنَّه مَقْبُوضٌ بغيرِ عَقْدٍ. وإن رَهَنَه مَغْصُوبًا لم يَعْلَمْ به المُرْتَهِنُ، فهل للمالكِ تَضْمِينُ المُرْتَهِنِ؟ فيه وَجْهانِ؛ أحدُهما، لا يُضَمِّنُه؛ لأنَّه دَخَل على أنَّه أمِينٌ. والثانى، يُضَمِّنُه؛ لأنَّه قبَضَه مِن يَدِ ضَامِنِه. فإذا ضَمَّنَه رجَعَ على الرَّاهِنِ فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ لأنَّه غَرَّه(٢). والثانى، لا يَرْجِعُ؛ لأنَّ التَّلَفَ حَصَل فى يَدِه، فاسْتَقَرَّ الضَّمانُ عليه. وإن ضَمَّنَ الرَّاهِنَ، فهل يَرْجِعُ على المُرْتَهِنِ؟ على وَجْهَيْنِ؛ إن قُلْنا: يرْجِعُ المُرْتَهِنُ. لم يَرْجِعِ الرَّاهِنُ. وإنْ قُلْنا: لا يَرْجِعُ ثَمَّ. رجَعَ ههُنا.

وإنِ انْفَكَّ الرَّهْنُ بقَضاءٍ أو إبْرَاءٍ، بَقِىَ الرَّهْنُ أمانَةً؛ لأنَّ قَبْضَه حَصَل بإذْنِ مالِكِه، لا ليخْتَصَّ القابِضُ بنَفْعِه، (٣فأشْبَهَ الوَدِيعَة٣).

فصل: إذا حَلَّ الدَّيْنُ فوَفَّاه الراهِنُ، انْفَكَّ الرَّهْنُ. وإن لم يُوَفِّه وكان قد أَذِن فى بَيْعِ الرَّهْنِ، بِيعَ واسْتَوْفَى الدَّيْنَ مِن ثَمَنِه، وما بَقِىَ فله. وإن لم

---

(١) فى م: «بالعقد الفاسد».

وبعده فى ف: «وإن تلف قبل الحكم بقبضه، بطل عقد الرهن، لكن إن كان مشروطا فى عقد بيع، ثبت للبائع الخيار فى فسخه، وقد تقدم».

(٢) فى الأصل: «غيره».

(٣ - ٣) سقط من: م.

يَأْذَنْ ، طُولِبَ بالإيفاءِ أو بيَيْعِه ، فإن أَبَى ، أو كان غائبًا ، فَعَل الحاكِمُ ما يَراه مِن إجْبارِه على البيعِ ، أو القَضاءِ ، أو بَيْعِ الرَّهْنِ بنَفْسِه ، أو بأَمِينِه .



بابُ ما يصِحُّ رَهْنُه ومَا لا يصِحُّ

يَصِحُّ رَهْنُ كُلِّ عَيْنٍ يَصِحُّ بَيْعُها؛ لأنَّ مَقْصُودَ الرَّهْنِ الاسْتِيثَاقُ بالدَّيْنِ باسْتِيفَائِه مِن ثَمَنِه عندَ تعَذُّرِ اسْتِيفَائِه مِن الرَّاهِنِ، وهذا يَحْصُلُ ممّا[1] يجوزُ بَيْعُه. ويَصِحُّ رَهْنُ المُشَاعِ[2]؛ لأنَّه يجوزُ بَيْعُه، فجاز رَهْنُه كالمُفْرَزِ. ثم إنِ اتَّفَقا على جَعْلِه فى يَدِ المُرْتَهِنِ، أو يَدِ عَدْلٍ وَدِيعَةً للمالِكِ، أو بأُجْرَةٍ، جاز. وإنِ اخْتلَفا، جَعَله الحاكِمُ فى يَدِ عَدْلٍ وَدِيعَةً لهما، أو يُؤْجِرُه لهما مَحْبُوسًا قَدْرُ الرَّهْنِ للمُرْتَهِنِ. وإن رَهَن نَصِيبَه مِن جُزْءٍ مِن المُشاعِ، [3]وكان[3] ممّا لا يَنْقَسِمُ، جاز. وإن جازَت قِسْمَتُه، احْتَمَلَ جوازَ رَهْنِه؛ لأنَّه يَصِحُّ بَيْعُه، واحْتَملَ أن لا يصحَّ؛ لاحْتِمالِ أن يقْتَسِماه، فيَحْصُلَ المَرْهُونُ فى حِصَّةِ الشَّرِيكِ.

ويَصِحُّ رَهْنُ العَبْدِ المُرْتَدِّ والجانِى؛ لأنَّه يجوزُ بَيْعُهما. وفى رَهْنِ القاتِلِ فى المُحارَبَةِ وَجْهان؛ بِناءً على بَيْعِه.

ويَصِحُّ رَهْنُ[4] المُدَبَّرِ، فى ظاهرِ المَذْهَبِ؛ لظُهورِه فى بَيْعِه. ويَصِحُّ

---

(١) فى ف: «بما».

(٢) فى م: «المتاع».

(٣ - ٣) سقط من: م.

(٤) فى الأصل: «بيع».

رَهْنُ مَن عُلِّقَ عِتْقُه بصِفَةٍ تُوجَدُ بعدَ حُلُولِ الدَّيْنِ ؛ لإمْكانِ اسْتِيفائِه مِن ثَمَنِه . وإن كانَتِ الصِّفَةُ تُوجَدُ قبلَ حُلُولِ الدَّيْنِ ، لم يَجُزْ رَهْنُه ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ اسْتِيفاؤُه مِن ثَمَنِه . وإن كانَت تَحْتَمِلُ الأمْرَيْن ، احْتَمَل أن يصِحَّ رهْنُه ؛ لأنَّ الأصْلَ بَقاءُ العَقْدِ ، والعِتْقُ قبلَه مَشْكُوكٌ فيه ، فهو كالمُدَبَّرِ . واحْتَملَ أنْ لا يصِحَّ رَهْنُه[1] ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ العِتْقَ قبلَ حُلُولِ الحَقِّ ، وهذا غَرَرٌ لا حاجَةَ إليه . فإن مات سيِّدُ المُدَبَّرِ وهو يَخْرُجُ مِن الثُّلُثِ ، أو وُجِدَتِ الصِّفَةُ ، عَتَق ، وبَطَلَ الرَّهْنُ .

ولا يَصِحُّ رَهْنُ المُكاتَبِ ؛ لتعَذُّرِ اسْتِدامَةِ قَبْضِه . ويتَخَرَّجُ أن يَصِحَّ إن قُلْنا : اسْتِدَامَةُ القَبْضِ[2] [١٦١و] غيرُ مُشْتَرَطَةٍ ، وأنَّه يَصِحُّ بَيْعُه . ويكونُ ما يُؤَدِّيه مِن نُجُومِ كِتابَتِه رَهْنًا معه . وإن عَتَقَ ، بَقِيَ ما أدَّاهُ رَهْنًا ، كالقِنِّ إذا مات بعدَ الكَسْبِ . وجميعُ هذه المَعانِى عُيوبٌ ، لها حُكْمُ غيرِها مِن العُيوبِ .

فصل : ويَصِحُّ رَهْنُ ما يُسْرِعُ إليه الفَسادُ ؛ لأنَّه مِمَّا يجوزُ بَيْعُه ، وإيفاءُ الدَّيْنِ مِن ثَمَنِه ، فأشْبَهَ الثِّيابَ . فإن كان الدَّيْنُ يَحِلُّ قبلَ فَسادِه ، بِيعَ وقُضِىَ مِن ثَمَنِه . وإن كان يفْسُدُ قبلَ الحلُولِ ، وكان مِمّا يُمْكِنُ إصْلاحُه بالتَّجْفِيفِ ، كالعِنَبِ ، جُفِّفَ . ومُؤْنَةُ تَجْفِيفِه على الرَّاهِنِ ؛ لأنَّه مِن مُؤْنَةِ حِفْظِه ، فأشْبَهَ نفقَةَ الحيَوانِ . وإن كان مِمَّا لا يُجَفَّفُ ، فشَرَطا بَيْعَه ، وجَعْلَ ثَمَنِه رَهْنًا ، فَعَلا ذلك . وإن لم يَشْرُطَاه[3] ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يَصِحُّ

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « الملك » .

(٣) فى م : « يشرطا ذلك » .

الرَّهْنُ ، ويُباعُ ، كما لو شَرَطاه ؛ لأنَّ الحالَ تَقْتَضِى ذلك ، لكَوْنِ المالِكِ لا يُعَرِّضُ مِلْكَه للتَّلَفِ ، فحُمِلَ مُطْلَقُ العَقْدِ عليه ، كما يُحْمَلُ على تَجْفِيفِ العِنَبِ . والثانى ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ البيعَ إزالَةُ مِلْكِه قبلَ حُلُولِ الحقِّ ، فلم يُجْبَرْ عليه ، كغيرِه . وإن شَرَط أن لا يُباعَ ، فَسَد ، وَجْهًا واحدًا ؛ لأنَّه إن وَفَّى بشَرْطِه ، لم يُمْكِنْ إيفاءُ الدَّيْنِ مِن ثَمَنِه . وإن رَهَنَه عَصِيرًا ، صَحَّ لذلك ، فإن تخَمَّرَ ، خَرَج مِن الرَّهْنِ ؛ لأنَّه لا قِيمَةَ له ، فإن عاد خَلًّا ، عادَ رَهْنًا ؛ لأنَّ العَقْدَ كان صَحِيحًا ، فلمَّا طَرَأَ عليه مَعْنًى أخْرَجَه عن حُكْمِه ، ثم زال المَعْنَى ، عاد الحُكْمُ ، كما لو ارْتَدَّ أحَدُ الزَّوْجَيْنِ ، ثم عادَ فى العِدَّةِ ، عادَتِ الزَّوْجِيَّةُ . وإن كان اسْتِحالَتُه قبلَ القَبْضِ ، لم يَعُدْ رَهْنًا ؛ لأنَّه ضَعِيفٌ ، فأَشْبَهَ الرِّدَّةَ قبلَ الدُّخولِ .

فصل : ويَصِحُّ رَهْنُ الثَّمَرَةِ قبلَ بُدُوِّ[(1)] صَلاحِها ، والزَّرْعِ الأخْضَرِ مُطْلَقًا ، وبشَرْطِ التَّبْقِيَةِ ؛ لأنَّ الغَرَرَ يَقِلُّ فيه ، لاخْتِصاصِه بالوَثِيقَةِ مع بَقاءِ الدَّيْنِ بحَالِه ، بخِلافِ البيعِ .

قال القاضى : ويَصِحُّ رَهْنُ المَبِيعِ المَكِيلِ والمَوْزُونِ قبلَ قَبْضِه ؛ لأنَّ قَبْضَه مُسْتَحَقٌّ للمُشْتَرِى ، فيُمْكِنُه قَبْضُه ، ثم يُقَبِّضُه ، وإنَّما مُنِعَ مِن بَيْعِه ؛ لِئَلَّا يَرْبَحَ فيما لم يَضْمَنْه ، وهو مَنْهِىٌّ عنه[(2)] .

وإن رَهَن ثَمَرَةً إلى مَحِلٍّ تحْدُثُ فيه أُخْرَى لا تتَمَيَّزُ ، فالرَّهْنُ باطِلٌ ؛

---

(١) زيادة من : الأصل ، م .

(٢) انظر ما تقدم تخريجه فى صفحة ٥٩ ، ٦٠ فى حديث : « لا شرطان فى بيع » .

لأنَّه مَجْهُولٌ حينَ حُلُولِ الحقِّ، فلا يُمْكِنُ إمْضَاءُ الرَّهْنِ[1] على مُقْتَضاه. وإن رهَنَها بدَيْنٍ حالٍّ، أو شَرَط قَطْعَها عندَ خَوْفِ اخْتِلاطِها، جاز؛ لأنَّه لا غَرَرَ فيه. فإنْ لم يَقْطَعْها حتى اخْتَلطَتْ، لم يَبْطُلِ الرَّهْنُ[2]؛ لأنَّه وَقَع صَحِيحًا. لكنْ إن سَمَح الرَّاهِنُ ببَيْعِ الجميعِ، أو اتَّفَقا على قَدْرٍ منه، جاز. وإنِ اخْتلَفا وتَشاحَّا، فالقَوْلُ قولُ الرَّاهِنِ مع يَمِينِه؛ لأنَّه مُنْكِرٌ.

فصل: ويَصِحُّ رَهْنُ الجارِيَةِ دُونَ ولَدِها؛ لأنَّ الرَّهْنَ لا يُزِيلُ المِلْكَ، فلا يَحْصُلُ التَّفْرِيقُ فيه. فإنِ احْتِيجَ إلى بَيْعِها، بِيعَ ولَدُها معها؛ لأنَّ التَّفْرِيقَ بينَهما مُحَرَّمٌ، والجمعُ بَيْنَهما [3]فى البَيْعِ[3] جائزٌ، فتَعَيَّنَ. وللمُرْتَهِنِ مِن الثَّمَنِ بقَدْرِ قِيمَةِ الجارِيَةِ منه، وكَوْنُها ذاتَ ولدٍ عيبٌ[4]؛ لأنَّه يَنْقُصُ من ثَمَنِها.

فصل: ولا يَصِحُّ رَهْنُ ما لا يجوزُ بَيْعُه [5]غيرَ ما[5] ذكَرْنا؛ كالوَقْفِ، وأُمِّ الوَلَدِ، والكَلْبِ ونحوِها؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ إيفاءُ الدَّيْنِ منه وهو المَقْصُودُ. ولا يَصِحُّ رَهْنُ ما لا يَقْدِرُ على تَسْلِيمِه، ولا المَجْهُولِ الذى لا يجوزُ بَيْعُه؛ لأنَّ الصِّفَاتِ مَقْصُودَةٌ فى الرَّهْنِ لإيفاءِ الدَّيْنِ، كما [١٦١ظ] تُقْصَدُ فى البَيْعِ للوَفَاءِ بالثَّمَنِ. ولا رَهْنُ مالِ غيرِه بغيرِ إذْنِه. ويتَخَرَّجُ جَوازُه، ويَقِفُ على إجازَةِ مالِكِه، كبَيْعِه. فإنْ رَهَنَ عَيْنًا يَظُنُّها لغيرِه وكانتْ مِلْكَه، ففيه

---

(١) فى م: «العقد».
(٢) سقط من: م.
(٣ - ٣) سقط من: م.
(٤) سقط من: الأصل.
(٥ - ٥) فى م: «لما».

وَجْهان ؛ أحدُهما ، يَصِحُّ ؛ لأنَّه صادَفَ مِلْكَه . والثانى ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه عقَدَه مُعْتَقِدًا فَسادَه . ولا يَصِحُّ رَهْنُ المرْهُونِ[1] مِن غيرِ إذْنِ المُرْتَهِنِ ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ بَيْعَه فى الدَّيْنِ الثانى ، فإن رَهَنَه عندَ المُرْتَهِنِ بدَيْنٍ آخَرَ ، مثلَ أن رَهَنَه عَبْدًا على أَلْفٍ ، ثم اسْتَدانَ منه دَيْنًا آخرَ ، وجعَلَ العَبْدَ رَهْنًا بهما[2] ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه رَهْنٌ مُسْتَحَقٌّ بدَيْنٍ ، فلم يَجُزْ رَهْنُه بغيرِه ، كما لو رَهَنَه عندَ غيرِ[2] المُرْتَهِنِ .

فصل : ولا يَصِحُّ رَهْنُ ما لا يجوزُ بَيْعُه مِن أَرْضِ الشّامِ والعِراقِ ونحوِهما مِمّا فُتِح عَنْوَةً ، فى ظاهرِ المَذْهَبِ ؛ لأنَّها وَقْفٌ . وما فيها مِن بِناءٍ مِن تُرابِها ، فحُكْمُه حُكْمُها . وما جُدِّد فيها مِن غِراسٍ وبِناءٍ مِن غيرِ تُرابِها ، إن أفْرَدَه بالرَّهْنِ ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه تابِعٌ لِما لا يجوزُ رَهْنُه ، فهو كأَساساتِ الحِيطانِ . والثانيةُ ، يجوزُ ؛ لأنَّه مَمْلُوكٌ غيرُ مَوْقُوفٍ . وإن رَهَنَه مع الأرضِ ، بَطَل فى الأَرْضِ . وفى[3] الغِراسِ والبِناءِ وَجْهان ؛ بِناءً على تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ .

فصل : وفى رَهْنِ المُصْحَفِ رِوايَتان ، كبَيْعِه . وإن رَهَنَه أو رَهَن كُتُبَ الحديثِ ، أو عَبْدًا مُسْلِمًا لكافِرٍ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه لا يَصِحُّ بَيْعُه له . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ إذا شَرَطا كَوْنَه فى يَدِ مُسْلِمٍ ، ويَبِيعُه الحاكِمُ إنِ امْتَنَعَ مالِكُه ؛ لأنَّ الرَّهْنَ لا يَنْقُلُ المِلْكَ إلى الكافِرِ ، بخِلافِ البيعِ .

---

(١) فى م : « الرهون » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) سقط من : م .

ولا يجوزُ رَهْنُ المنافِعِ ؛ لأنَّها تَهْلِكُ إلى حُلُولِ الحقِّ . ولو رَهَنَه أُجْرَةَ دارِه شَهْرًا ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه مَجْهُولٌ . ولو رَهَنَ المُكاتَبُ مَن يَعْتِقُ عليه ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ بَيْعَه .

بابُ ما يَدْخُلُ فى الرَّهْنِ وما لا يَدْخُلُ وما يَمْلِكه الرّاهِنُ وما لا يَمْلِكه وما يَلْزَمُه وما لا يَلْزَمُه

جميعُ نَماءِ الرَّهْنِ المُنْفَصِلِ والمُتَّصِلِ يدْخُلُ فى الرَّهْنِ، ويُباعُ معه؛ لأنَّه عَقْدٌ وارِدٌ على الأصْلِ، فَثَبَتَ حُكْمُه فى نَمائِه، كالبَيْعِ، أو نَماءٌ حادِثٌ مِن غيرِ الرَّهْنِ، أشْبَهَ المُتَّصِلَ. ولو ارْتَهَنَ أرْضًا فنَبَتَ فيها شَجَرٌ، دَخَل فى الرَّهْنِ؛ لأنَّه مِن نَمائِها، سَواءٌ نَبَتَ[1] بنَفْسِه أو بفِعْلِ الرّاهِنِ. ويدْخُلُ فيه الصُّوفُ واللَّبَنُ المَوْجُودانِ والحادِثان؛ لدُخُولِهما فى البَيْعِ. وإن رَهَنَه أرْضًا ذاتَ شَجَرٍ، أو شجَرًا مُثْمِرًا، فحُكْمُه فى ذلك حُكْمُ البيعِ. وإن رَهَنَه دارًا فخَرِبَت، فأنْقاضُها رَهْنٌ؛ لأنَّها مِن أجْزائِها. وإن رَهَنَه شَجَرًا، لم تَدْخُلْ أرْضُه فى الرَّهْنِ؛ لأنَّها أصْلٌ فلا تَدْخُلُ تَبَعًا.

فصل: ولا يَمْلِكُ الرّاهِنُ التَّصَرُّفَ فى الرَّهْنِ باسْتِخْدامٍ، ولا سُكْنَى، ولا إجارَةٍ، ولا إعارَةٍ، ولا غيرِها بغيرِ رِضا المُرْتَهِنِ. ولا يَمْلِكُ المُرْتَهِنُ[2] ذلك بغيرِ رِضا الرّاهِنِ. فإن لم يَتَّفِقا على التَّصَرُّفِ، كانَت منافِعُه مُعَطَّلَةً،

---

(١) فى س ١، س ٢: «ثبت».

(٢) بعده فى ف: «التصرف فى».

تَهْلِكُ تحتَ يَدِ المُرْتَهِنِ حتى يُفَكَّ؛ لأنَّ الرَّهْنَ عَيْنٌ مَحْبُوسَةٌ على اسْتِيفاءِ حَقٍّ، فأشْبَهَتِ المَبِيعَ المحْبُوسَ على ثَمَنِه. [١٦٢و] وإنِ اتَّفَقا على إجارَتِه أو إعارَتِه، جاز فى قَوْلِ الخِرَقِىِّ، وأبى الخَطَّابِ؛ لأنَّ يدَ المُسْتَأْجِرِ والمُسْتَعِيرِ نائبَةٌ عن يَدِ المُرْتَهِنِ فى الحِفْظِ، فجاز، كما لو جَعَلاه فى يَدِ عَدْلٍ، ولا فائدَةَ فى تَعْطِيلِ المنافِعِ؛ لأنَّه تَضْيِيعُ مالٍ نَهَى النبىُّ ﷺ عنه[1]. وقال أبو بكرٍ: لا يجوزُ إجارَتُه، فإن فَعَلا، بَطَلَ الرَّهْنُ؛ لأنَّ الرَّهْنَ يَقْتَضِى الحَبْسَ عندَ المُرْتَهِنِ أو نائبِه، فمتى وُجِدَ عَقْدٌ يَقْتَضِى زَوالَ الحَبْسِ، بَطَلَ الرَّهْنُ. وقال ابنُ أبى موسى: إن أجَرَه المُرْتَهِنُ أو أعارَه بإذْنِ الرّاهِنِ، جاز، وإن فَعَلَ ذلك الرّاهِنُ بإذْنِ المُرْتَهِنِ، فكذلك، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ. وفى الآخَرِ، يَخْرُجُ مِن الرَّهْنِ؛ لأنَّ المُسْتَأْجِرَ قائمٌ مَقامَ الرّاهِنِ، فصار كما لو سَكَنَه الرّاهِنُ.

فصل: ولا يُمْنَعُ الرّاهِنُ مِن إصْلاحِ الرَّهْنِ؛ كمُدَاواتِه بما لا يَضُرُّ، وفَصْدِه، وحَجْمِه عندَ حاجَتِه إليه، ووَدْجِ الدّابَّةِ[2] وتَبْزِيغِها[3]، وإطْراقِ

---

(١) انظر ما أخرجه البخارى، فى: باب لا صدقة إلا عن ظهر غنى ...، من كتاب الزكاة، وفى: باب ما ينهى عن إضاعة المال ...، من كتاب الاستقراض، وفى: باب من رد أمر السفيه ...، من كتاب الخصومات، وفى: باب ما يكره من قيل وقال، من كتاب الرقاق. صحيح البخارى ٢/ ١٣٩، ٣/ ١٥٧، ١٥٩، ٨/ ١٢٤. ومسلم، فى: باب النهى عن كثرة المسائل ...، من كتاب الأقضية. صحيح مسلم ٣/ ١٣٤٠، ١٣٤١. والدارمى، فى: باب إن اللّه كره لكم قيل وقال، من كتاب الرقاق. سنن الدارمى ٢/ ٣١١. والإمام أحمد، فى: المسند ٤/ ٢٥٠، ٢٥١، ٢٥٥.

(٢) قال فى المغنى: ومعناه فتح الودجين حتى يسيل الدم، وهما عرقان عريضان غليظان من جانبى ثغرة النحر. المغنى ٦/ ٥١٩، ٥٢٠. وهو كالفصد للإنسان. المصباح المنير (و د ج).

(٣) بزَّغ البيطار الدابةَ: وخزها وخزا خفيفا فوق الحافر لا يبلغ العصب علاجا لها.

الإناثِ عندَ حاجَتِها؛ لأنَّه إصْلاحٌ لمالِه مِن غيرِ ضَرَرٍ، فلم يُمْنَعْ منه، كالعَلْفِ. وإن أرادَ قَطْعَ شيءٍ مِن بدَنِه، لخَبِيثَةٍ فيه، وقال أهْلُ الخِبْرَةِ: الأَحْوَطُ قَطْعُها. فله فِعْلُه. وإن تساوَى الخَوْفُ فى قَطْعِها وتَرْكِها، فامْتَنَعَ أحَدُهما مِن قَطْعِها[1]، فله ذلك؛ لأنَّ فيه خَطَرًا بحَقِّه. وللرّاهِنِ مُداواةُ الماشِيَةِ مِن الجَرَبِ بما لا ضَرَرَ فيه، كالقَطِرانِ [2]والزَّيْتِ[2] اليَسِيرِ، وإن خِيفَ ضَرَرُه، كالكثيرِ، لم يَمْلِكْه. وليس له قَطْعُ الأُصْبُعِ الزائدَةِ والسِّلْعَةِ؛ لأنَّه يُخافُ منه الضَّرَرُ، وتَرْكُها لا يَضُرُّ. وليس له الخِتَانُ إن كان لا يَبْرَأُ منه قبلَ مَحِلِّ الحقِّ؛ لأنَّه يَنْقُصُ ثَمَنَه. وإن كان يَبْرَأُ قبلَه، والزَّمانُ مُعْتَدِلٌ، لم يُمْنَعْ منه؛ لأنَّه يزيدُ به الثَّمَنُ، ولا يَضُرُّ المُرْتَهِنَ. وليس للمُرْتَهِنِ فِعْلُ شيءٍ مِن ذلك بغيرِ رِضا الرّاهِنِ.

فصل: ولا يَمْلِكُ الرّاهِنُ بَيْعَ الرَّهْنِ، ولا هِبَتَه، ولا جَعْلَه مَهْرًا، ولا أُجْرَةً، ولا كِتابَةَ العَبْدِ، ولا وَقْفَه؛ لأنَّه تَصَرُّفٌ يَبْطُلُ به حَقُّ المُرْتَهِنِ مِن الوَثِيقَةِ، فلم يَصِحَّ مِن الرّاهِنِ بنَفْسِه، كالفَسْخِ. وفى الوَقْفِ وَجْهٌ آخَرُ، أنَّه يَصِحُّ؛ لأنَّه يَلْزَمُ لحقِّ اللَّهِ تعالَى، أشْبَهَ العِتْقَ. والأَوَّلُ الصَّحِيحُ؛ لأنَّه تَصَرُّفٌ لا يَسْرِى إلى مِلْكِ الغيرِ، فلم يَصِحَّ، كالهِبَةِ. ولا يَمْلِكُ[3] تَزْوِيجَ الرَّقِيقِ. وقال القاضى: له تَزْوِيجُ الأَمَةِ، ويُمْنَعُ الزَّوْجُ وَطْأَها. والأَوَّلُ أصَحُّ؛ لأنَّه يَنْقُصُ ثَمَنَها، فلم يَصِحَّ، كتَزْوِيجِ العَبْدِ.

---

(١) فى الأصل: «قطعهما».

(٢ - ٢) فى النسخ: «بالزيت». والمثبت كما فى المغنى ٦/ ٥٢٠، والشرح الكبير ١٢/ ٤٣٥.

(٣) فى م: «يصح».

فصل : ولا يجوزُ له عِتْقُ[1] الرَّهْنِ ؛ لأنَّ فيه إضْرارًا بالمُرْتَهِنِ ، وإسْقاطَ حَقِّه اللَّازِمِ ، فإن فَعَل ، نَفَذ عِتْقُه . نَصَّ عليه ؛ لأنَّه مَحْبُوسٌ لاسْتِيفاءِ حقٍّ ، فنَفَذ فيه عِتْقُ المالِكِ ، كالمَحْبُوسِ على ثَمَنِه . وعنه ، لا يَنْفُذُ عِتْقُ المُعْسِرِ ؛ لأنَّه عِتْقٌ فى مِلْكِه ، يَبْطُلُ به حَقُّ غيرِه ، فاخْتَلفَ فيه[2] المُوسِرُ والمُعْسِرُ ، كالعِتْقِ فى العَبْدِ المُشْتَرَكِ . فإنْ أعْتَقَ المُوسِرُ ، فعليه قِيمَتُه ، تُجْعَلُ مَكانَه رَهْنًا ؛ لأنَّه أبْطَلَ حَقَّ الوَثِيقَةِ بغيرِ إذْنِ المُرْتَهِنِ ، فلَزِمَتْه قِيمَتُه ، كما لو قتَلَه . وإن أعْتَقَ المُعْسِرُ ، فالقِيمَةُ فى ذِمَّتِه ؛ إن أيْسَرَ قبلَ حُلولِ الحقِّ ، أُخِذَتْ منه رَهْنًا ، وإن أيْسَرَ بعدَ حُلُولِ الحقِّ ، طُولِبَ به خاصَّةً ؛ لأنَّ ذِمَّتَه تَبْرَأُ به مِن الحَقَّيْنِ معًا . وتُعْتَبَرُ القِيمَةُ حينَ الإعْتاقِ ؛ لأنَّه حالُ الإتْلافِ .

فصل : وليس للرّاهِنِ وَطْءُ الجارِيَةِ وإن كانَت لا تَحْبَلُ ؛ لأنَّ مَن حَرُمَ وَطْؤُها يَسْتَوِى فيه مَن تَحْبَلُ ومَن لا تَحْبَلُ ، كالمُسْتَبْرَأَةِ . فإن وَطِئَ ، فلا حَدَّ عليه ؛ [١٦٢ظ] لأنَّها مِلْكُه . فإن نَقَصَها لكَوْنِها بِكْرًا ، أو أفْضاها ، فعليه ما نَقَصَها ؛ إنْ شاءَ جَعَلَه رَهْنًا ، وإن شاء جعَلَه قِصاصًا[3] مِن الحقِّ . وإذا لم تَحْمِلْ منه ، فهى رَهْنٌ بحالِها ، كما لو اسْتَخْدَمَها . وإن وَلَدَتْ[4] ، فوَلَدُه حُرٌّ ، وصارَت أُمَّ وَلَدٍ له[2] ؛ لأنَّه أحْبَلَها بحُرٍّ فى مِلْكِه . وتَخْرُجُ مِن الرَّهْنِ ، مُوسِرًا كان أو مُعْسِرًا ، رِوايَةً واحِدَةً ؛ لأنَّ الإحْبالَ أقْوَى مِن

---

(١) فى س ٢ : « عقد » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فى م : « قضاء » .

(٤) بعده فى م : « منه » .

العِتْقِ ، ولذلكَ يَنْفُذُ إحْبالُ المجْنُونِ دُونَ عِتْقِه ، وعليه قِيمَتُها يومَ إحْبالِها ؛ لأنَّه وَقْتُ إتْلافِها ، وإن تَلِفَتْ بسبَبِ الحَمْلِ ، فعليه قِيمَتُها ؛ لأنَّها تَلِفَت بسبَبٍ كان منه .

فصل : وكلُّ ما مُنِعَ الرّاهِنُ منه لحقِّ المُرْتَهِنِ ، إذا أَذِنَ فيه ، جاز له فِعْلُه ؛ لأنَّ المَنْعَ منه[1] لحقِّه ، فجاز بإذْنِه . فإن رَجَع عن الإذنِ قبلَ الفِعْلِ ، سَقَط حُكْمُ الإذْنِ . فإن لم يَعْلَمْ بالرُّجُوعِ حتى فَعَل ، فهل يَسْقُطُ الإذْنُ ؟ فيه وَجْهان ؛ بِناءً على عَزْلِ الوَكِيلِ بغيرِ عِلمِه . فإن تصَرَّفَ بإذْنِه فيما يُنافِي الرَّهْنَ ؛ مِن[2] البَيْعِ والعِتْقِ ونحوِهما ، صحَّ تصَرُّفُه ، وبَطَلَ الرَّهْنُ ؛ لأنَّه لا يَجْتَمِعُ مع ما[3] يُنافِيه ، إلَّا البيعَ ، فله ثلاثةُ أحْوَالٍ ؛ أحدُها ، أن يَبِيعَه بعدَ حُلُولِ الحقِّ ، فيتَعَلَّقَ حقُّ المُرْتَهِنِ بالثَّمَنِ ، ويجِبَ قَضاءُ الدَّيْنِ منه ، [4]إلَّا أن يَقْضِيَه[5] مِن غيرِه[4] ؛ لأنَّ مُقْتَضَى الرَّهْنِ بَيْعُه ، واسْتِيفاءُ الحقِّ مِن ثَمَنِه . الثانى ، أن يَبِيعَه قبلَ حُلولِ الحقِّ بإذنٍ مُطْلَقٍ ، فيَبْطُلَ الرَّهْنُ ، ويَسْقُطَ حَقُّ المُرْتَهِنِ مِن الوَثِيقَةِ ؛ لأنَّه تصَرَّفَ فى عَيْنِ الرَّهْنِ تصَرُّفًا لا يَسْتَحِقُّه المُرْتَهِنُ ، فأبْطَلَه ، كالعِتْقِ . الثالثُ ، أن يَشْتَرِطَ جَعْلَ الثَّمَنِ رَهْنًا ، [6]أو تَعْجِيلَ[6] دَيْنِه مِن ثَمَنِه ، فيَصِحَّ البَيْعُ والشَّرْطُ ؛ لأنَّه لو

---

(١) زيادة من : م .

(٢) فى الأصل : « فى » .

(٣) فى الأصل : « من » .

(٤ - ٤) سقط من : م .

(٥) فى الأصل : « يقبضه » .

(٦ - ٦) فى م : « ويجعل » .

شَرَط ذلك بعدَ حُلُولِ الحقِّ ، جاز ، فكذلك قبلَه .

وإن أذِنَ له فى الوَطْءِ والتَّزْوِيجِ ، جاز ؛ لأنَّه مُنِع منه لحقِّه ، فجاز بإذْنِه ، فإن فَعَل ، لم يَبْطُلِ الرَّهْنُ ؛ لأنَّه لا يُنافِيه . فإن أفْضَى إلى الحَمْلِ أو التَّلَفِ ، فلا شىءَ على الرَّاهِنِ ؛ لأنَّه مأْذُونٌ فى سببِه . وإن أذِنَ له فى ضَرْبِها فتَلِفَت به ، فلا ضَمانَ عليه ؛ لأنَّه تولَّدَ مِن المأْذونِ (١فيه ، كتَوَلُّدِ١) الحَمْلِ مِن الوَطْءِ .

فصل : ويلْزَمُ الرّاهنَ مُؤْنَةُ الرَّهْنِ كلُّها ؛ مِن نَفَقَةٍ ، وكِسْوَةٍ ، وعَلْفٍ ، وحِرْزٍ ، وحافِظٍ ، وسَقْىٍ ، وتَسْوِيَةٍ ، وجذاذٍ ، وتَجْفِيفٍ ؛ لِما رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال : « الرَّهْنُ مِن راهِنِه ، له غُنْمُهُ ، وعليه غُرْمُه »[٢] . وهذا مِن غُرْمِه . ولأنَّه مِلْكُه ، فكانَت نفَقَتُه عليه ، كالذى فى يَدِه . فإنِ احْتاجَ إلى دَواءٍ أو فتْحِ عِرْقٍ ، لم يَلْزَمْه ؛ لأنَّ الشِّفاءَ بيَدِ اللَّهِ تعالى ، وقد يَحْيَا بدُونِه ، بخِلافِ النَّفقَةِ .

ولا يُجْبَرُ على إطْراقِ الماشِيَةِ ؛ لأنَّه ليس ممَّا يُحْتاجُ إليه لبَقائِها ، وليس عليه ما يتَضَمَّنُ زِيادَةَ الرَّهْنِ . فإنِ احْتاجَت إلى راعٍ ، لَزِمَه ؛ لأنَّه لا قِوامَ لها بدُونِه . فإن أرادَ السَّفَرَ بها ليَرْعاها ، ولها فى مَكانِها مَرْعًى تَتماسَكُ به ، فللمُرْتَهِنِ مَنْعُه ؛ لأنَّ فيه إخْراجَها عن يَدِه ونَظَرِه ، وإن أجْدَبَ

(١ - ١) فى م : « كمتولد » .

(٢) أخرجه الحاكم ، فى : باب أيما رجل مات أو أفلس ... ، من كتاب البيوع . المستدرك ٢/ ٥١ . والدارقطنى ، فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٣/ ٣٣ .

مَكانُها ، فللرَّاهِنِ السَّفَرُ بها[1] ؛ لأنَّه مَوْضِعُ حاجَةٍ . فإنِ اتَّفَقَا على السَّفرِ بها[1] ، واخْتَلفا فى مَكانِها ، قدَّمْنَا قولَ مَن يَطْلُبُ الأصْلَحَ ، فإنِ اسْتَوَيا ، قُدِّمَ قولُ المُرْتَهِنِ ؛ لأنَّه أحَقُّ باليَدِ .

فصل : وليس للمُرْتَهِنِ أن يَنْتَفِعَ مِن الرَّهْنِ بشىءٍ بغيرِ إذْنِ الرّاهِنِ ؛ لقَوْلِ النبىِّ ﷺ : « الرَّهْنُ مِن راهِنِه[2] ، لهُ غُنْمُه[3] » . ومَنافِعُه مِن غُنْمِه ، ولأنَّ المنافِعَ مِلْكٌ [١٦٣و] للرَّاهِنِ ، فلم يَجُزْ أخْذُها بغيرِ إذنِه ، كغيرِ الرَّهْنِ ، إلَّا ما كان مَرْكُوبًا أو مَحْلُوبًا ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهُما ، هو كغيرِه ؛ لِما ذكَرْنا . والثانيةُ[4] ، للمُرْتَهِنِ الإنْفاقُ عليه ، ويَرْكَبُ ويَحْلِبُ بقَدْرِ نفَقَتِه[5] ، مُتَحَرِّيًا للعَدْلِ فى ذلك ، سَواءٌ تعَذَّرَ الإنْفاقُ مِن المالِكِ أو لم يتَعَذَّرْ ؛ لِما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ قال : قال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « الرَّهْنُ يُرْكَبُ بنَفَقَتِه ، ولَبَنُ الدَّرِّ يُشْرَبُ بنَفَقَتِه إذا كان مَرْهُونًا ، وعلى الذى يَرْكَبُ ويَشْرَبُ النَّفَقَةُ » . رَواه البُخارِىُّ[6] . وفى لَفْظٍ : « فعلى المُرْتَهِنِ عَلْفُها ،

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « الراهن » .

(٣) بعده فى م : « وعليه غرمه » .

(٤) بعده فى الأصل : « هو » .

(٥) فى ف : « قيمته » .

(٦) فى : باب الرهن مركوب ومحلوب ، من كتاب الرهن . صحيح البخارى ٣/ ١٨٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرهن ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢/ ٢٥٨ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الانتفاع بالرهن ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٢٥٩ . وابن ماجه ، فى : باب الرهن مركوب ومحلوب ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢/ ٨١٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٤٧٢ .

ولَبَنُ الدَّرِّ يُشْرَبُ، وعلى الَّذِى يَشْرَبُ نَفَقَتُه، ويَرْكَبُ»[1]. فإن أنْفَقَ مُتبرِّعًا، فلا شىءَ له. رِوايَةً واحدَةً.

وليس له اسْتِخْدامُ العَبْدِ بقَدْرِ نفقَتِه. وعنه، له ذلك إذا امْتَنعَ مالِكُه مِن الإنْفاقِ عليه، كالمَرْكُوبِ والمحْلُوبِ. قال أبو بكرٍ: خالفَ حَنْبَلٌ الجماعَةَ، والعَمَلُ على أنَّه لا يَنْتَفِعُ مِن الرَّهْنِ بشىءٍ؛ لأنَّ القِياسَ يَقْتَضِى ذلك، خُولِفَ فى المَرْكُوبِ والـمَحْلوبِ للأَثَرِ، ففى غيرِه يَبْقَى على القِياسِ.

وإن أنْفَقَ المُرْتَهِنُ على الرَّهْنِ مُتَبَرِّعًا، لم يَرْجِعْ، وإن أنْفَقَ بإذْنِ الرّاهِنِ بنِيَّةِ الرُّجُوعِ، رَجَع بما أنْفَقَ؛ لأنَّه نائبٌ عنه، فأَشْبَهَ الوَكِيلَ. وإنْ أنْفَقَ بغيرِ إذْنِه مُعْتَقِدًا للرُّجوعِ، نظَرْنا؛ فإن كان ممّا لا يَلْزَمُ الرّاهِنَ، كعِمارَةِ الدّارِ، لم يَرْجِعْ بشىءٍ؛ لأنَّه تبرَّعَ بما لا يَلْزَمُه، فلم يَرْجِعْ به، كغيرِ المُرْتَهِنِ. وإن كان ممّا يَلْزَمُه؛ كقُوتِ[2] الحَيوانِ، وكفَنِ العَبْدِ، فهل [3]يَرْجِعُ به[3]؟ على رِوايتَيْنِ؛ بِناءً على مَن[4] قَضِىَ دَيْنُه بغيرِ إذْنِه.

فصل: فإن أذِن الرّاهِنُ للمُرْتَهِنِ فى الانْتِفاعِ به بغيرِ عِوَضٍ، والرَّهْنُ فى قَرْضٍ، لم يَجُزْ؛ لأنَّه يصيرُ قَرْضًا جرَّ مَنْفَعَةً، وإن كان فى غيرِ قَرْضٍ، جاز؛ لعَدَمِ ذلك. وإن أَذِن له فى الانْتِفاعِ بعِوَضٍ[5]، مثلَ أن أجَرَه إيّاه،

---

(١) أخرجه الإمام أحمد، فى: المسند ٢/ ٢٢٨.

(٢) فى م: «كنفقة».

(٣ - ٣) فى م: «يلزمه».

(٤) فى م: «ما».

(٥) فى م: «بغير عوض».

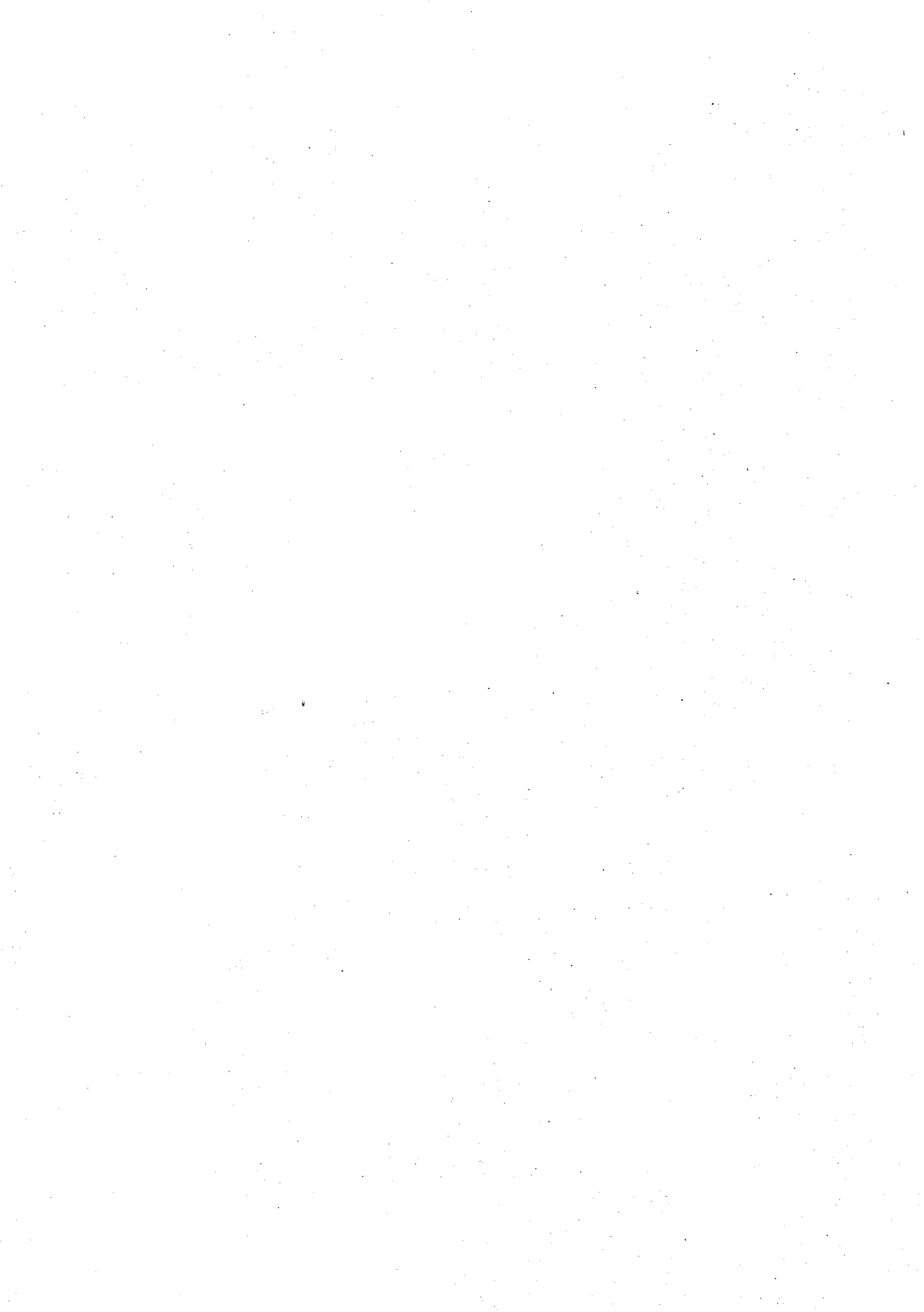
فإن حاباه فى الأُجْرَةِ، فهو كالانْتِفَاعِ بغيرِ عِوَضٍ، وإن لم يُحابِهِ فيها، جاز فى القَرْضِ وغيرِه؛ لكَوْنِه[1] ما انْتفعَ بالقَرْضِ، إنَّما انْتفَعَ بالإجارَةِ. قال القاضى: ومتى استَأْجَرَه المُرْتَهِنُ أو اسْتَعارَه، خَرَج مِن الرَّهْنِ فى مُدَّتِهما؛ لأنَّه طَرَأ عليه عَقْدٌ أوْجَبَ استِحْقاقَه فى الإجارةِ برِضاهما، فإذا انْقَضَى العَقْدُ، عاد الرَّهْنُ بحُكْمِ العَقْدِ السابِقِ. والصَّحِيحُ أنَّه لا يَخْرُجُ بذلكَ عن الرَّهْنِ؛ لأنَّ القَبْضَ مُسْتَدامٌ، ولا تَنافِيَ بينَ العَقْدَيْن، لكِنَّه فى العارِيَّةِ يَصِيرُ مَضْمُونًا؛ لكونِ[2] العارِيَّةِ مَضْمُونَةً.

فصل: وإنِ انْتفَعَ به بغيرِ إذْنِ الرّاهِنِ، فعليه أُجْرَةُ ذلك فى ذِمَّتِه. فإن كان الدَّيْنُ مِن جِنْسِها، تَقاصَّت هى وقَدْرُها مِن الدَّيْنِ وتَساقَطا، وإنْ تَلِف الرَّهْنُ، ضَمِنَه؛ لأنَّه تعَدَّى فيه فضَمِنَه، كالوَدِيعَةِ.

---

(١) فى م: «لأنه».

(٢) فى م: «لأن».



بابُ جِنايَةِ الرَّهْنِ وَالجِنايَةِ عليه

إذا جَنَى الرَّهْنُ على أجْنَبِيٍّ، تعَلَّقَ حقُّ المجْنِيِّ عليه برَقَبَتِه، وقُدِّمَ على المُرْتَهِنِ؛ لأنَّه يُقَدَّمُ على المالِكِ، فأوْلَى أن يُقَدَّمَ على المُرْتَهِنِ، فإن سَقَط حَقُّ المجْنِيِّ عليه بعَفْوٍ أو فِداءٍ، بَقِيَ حقُّ المُرْتَهِنِ؛ لأنَّه لم يَبْطُلْ[1]، وإنَّما قُدِّمَ حقُّ المجْنِيِّ عليه لقُوَّتِه، فإذا زال ظَهَر حقُّ المُرْتَهِنِ.

وإن كان الحقُّ [١٦٣ظ] قِصاصًا فى النَّفْسِ، اقْتُصَّ منه، وبَطَل الرَّهْنُ، وإن كان فى الطَّرَفِ، اقْتُصَّ له، وَبَقِيَ الرَّهْنُ فى باقِيه. وإن كان مالًا أو قِصاصًا، فعُفِيَ عنه إلى مالٍ، فأمْكَنَ إيفاءُ حقِّه ببَيْعِ بعْضِه، بِيعَ منه بقَدْرِ ما يَقْضِى به حقَّه، وباقِيه رَهْنٌ. وإن لم يُمْكِنْ إلَّا ببَيْعِ جميعِه، بِيعَ، فإنِ اسْتَغْرَقَ ثمَنَه، بَطَل الرَّهْنُ، وإن فَضَل منه شىءٌ، تعَلَّقَ به حقُّ المُرْتَهِنِ.

وإن كان أَرْشُ الجِنايَةِ عليه أكْثَرَ مِن ثمَنِه، فطَلَب المجْنِيُّ عليه تَسْلِيمَه للبَيْعِ، وأرادَ الرَّاهِنُ فِداءَه، فله ذلك؛ لأنَّ حقَّ المجْنِيِّ عليه فى قِيمَتِه لا فى عَيْنِه، ويَفْدِيه بأقَلِّ الأمْرَيْنِ مِن قِيمَتِه أو أَرْشِ جِنايَتِه، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ لأنَّ ما يدْفَعُه عوَضٌ عنه، فلم يلْزَمْه أكثرُ مِن قِيمَتِه. وفى الآخَرِ، يلْزَمُه أَرْشُ الجِنايَةِ كُلِّها وتَسْلِيمُه؛ لأنَّه رُبَّما رَغِب فيه راغِبٌ فاشْتراه بأكْثَرَ مِن

---

(١) بعده فى م: «دائما».

قِيمَتِه فيَنْتَفِعُ به المَجْنِىُّ عليه . وإن أبَى الرَّاهِنُ فِداءَه ، فللمُرْتَهِنِ فِداؤُه بمثلِ ما يَفْدِيه به الرَّاهِنُ ، وحُكْمُه فى الرُّجُوعِ بذلك حُكْمُ ما يَقْضِى به دَيْنَه ، فإن شرَطَ جعْلَه رَهْنًا بالفِدَاءِ مع الدَّيْنِ الأَوَّلِ ، لم يَصِحَّ ؛ [1]لأَنَّ العَبْدَ[1] رَهْنٌ ، فلم يَجُزْ رَهْنُه بدَيْنٍ سِواه . وأجازَه القاضى ؛ لأَنَّ المَجْنِىَّ عليه يَمْلِكُ إبطالَ الرَّهْنِ بالبَيْعِ ، فصار كالجائزِ قبلَ القَبْضِ ، والزِّيادةُ فى دَيْنِ الرَّهْنِ قبلَ لُزُومِه جائزةٌ ، ولأَنَّ الحقَّ متَعلِّقٌ به ، وإنَّما يَنْتَقِلُ مِن الجِنايَةِ إلى الرَّهْنِ ، بخِلافِ غيرِه .

فصل : فإن جَنَى على سيِّدِه جِنايَةً لا تُوجِبُ قِصاصًا ، فهى هَدْرٌ ؛ لأَنَّه مالٌ لسيِّدِه ، فلا يَثْبُتُ له مالٌ فى مالِه ، كما لو لم يكنْ رَهْنًا . وإن كانَت مُوجِبَةً للقَوَدِ فيما دُونَ النَّفْسِ ، فعَفَا على مالٍ ، سقَطَت مُطْلَقًا ؛ لذلك . وإن أحَبَّ[2] القِصاصَ ، فله ذلك ؛ لأَنَّ القِصَاصَ يجِبُ للزَّجْرِ ، والحاجَةُ تَدْعُو إلى زَجْرِه عن سَيِّدِه .

وإن كانَت على النَّفْسِ ، فللوَرَثَةِ القِصاصُ ، وليس لهم العَفْوُ على مالٍ فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لِما ذكَرْنا فى السَّيِّدِ ، ولأنَّهم يقُومُونَ مَقامَ المَوْرُوثِ ، ولم يكنْ له العَفْوُ على مالٍ ، فكذلك وارِثُه . والثانى ، لهم ذلك ؛ لأَنَّ الجِنايَةَ حصَلَت فى مِلْكِ غيرِهم ، فأَشْبَهَ الجِنايَةَ على أجْنَبِىٍّ .

فصل : فإن جَنَى على مَوْرُوثِ سيِّدِه ، ولم يَنْتَقِلِ الحقُّ إلى سيِّدِه ،

(١ - ١) فى م : « لأنه » .

(٢) فى س ٢ : « أوجب » .

فهى جِنايَةٌ على أجْنَبِيٍّ ، وإنِ انْتقَلَ إليه وكانَتِ الجِنايَةُ مُوجِبَةً للقِصَاصِ فى طَرَفٍ ، فمات المَجْنِيُّ عليه ، فللسَّيِّدِ القِصاصُ والعَفْوُ على مالٍ ؛ لأنَّ المَجْنِيَّ عليه مَلَكَ ذلك ، فمَلَكَه وارِثُه .

وإن كانَت على النَّفْسِ فكذلك فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ . والثانى ، ليس له العَفْوُ على مالٍ ، كما لو كانَتِ الجِنايَةُ[(1)] على نَفْسِه . وأصْلُهما هل يَثْبُتُ للمَوْرُوثِ ثم يَنْتَقِلُ إلى الوارِثِ ، أم[(2)] للوارِثِ ابْتِداءً ؟ فيه رِوايَتانِ ؛ فإن قُلْنا : يَثْبُتُ للوارِثِ ابْتِداءً . فليس له العَفْوُ على مالٍ ، [(3)]كالجِنايَةِ على طَرَفِ نَفْسِه . وإن قُلْنا : يَثْبُتُ للمَوْروثِ . فله العَفْوُ على مالٍ[(3)] ؛ لأنَّ الحقَّ يَنْتَقِلُ إليه على الصِّفَةِ التى كان لمَوْروثِه ، لكَوْنِ الاسْتِدامَةِ أقْوَى مِن الابْتِداءِ . وإن كانَتِ الجِنايَةُ مُوجِبَةً للمالِ ، أو كان المَوْرُوثُ قد عَفَا على مالٍ ، ثَبَت ذلك للسَّيِّدِ ؛ لذلك ، فيُقَدَّمُ به[(1)] على المُرْتَهِنِ .

فصل : وإن جَنَى على عَبْدٍ لِسَيِّدِه غيرِ[(4)] مَرْهُونٍ ، فحُكْمُه حُكْمُ الجِنايَةِ على طَرَفِ سيِّدِه . وإن كان مَرْهُونًا عندَ مُرْتَهِنِ القاتِلِ بحَقٍّ واحِدٍ ، والجِنايَةُ مُوجِبَةٌ للمالِ ، أو عَفا السيدُ على مالٍ ، ذهَبَت هَدْرًا ، [١٦٤و] كما لو مات حَتْفَ أنْفِه . وإن كان رَهْنًا بحقٍّ آخرَ ، تعَلَّقَ دَيْنُ المَقْتُولِ

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « أو » .

(٣ - ٣) سقط من : م .

(٤) سقط من : الأصل .

برَقَبَةِ القاتِلِ ، إن كانَت قِيمَةُ المَقْتُولِ أكْثَرَ مِن قِيمَةِ القاتِلِ ، أو مُسَاوِيَةً لها ، وإن كانَت أقَلَّ ، تعَلَّقَ برَقَبَةِ القاتلِ بقَدْرِ قِيمَةِ المَقْتُولِ ، فأىُّ الدَّيْنَيْنِ[1] حَلَّ أوَّلًا ، بِيعَ فيه[2] ، فيُسْتَوْفَى مِن ثَمنِه ، وباقِيه رَهْنٌ بالآخَرِ . وإن كان المَقْتُولُ رَهْنًا عندَ غيرِ مُرْتَهِنِ القاتلِ ، وكانَتِ الجِنايَةُ مُوجِبَةً للقِصاصِ ، فللسَّيِّدِ الخِيَرَةُ بينَ القِصاصِ والعَفْوِ على مالٍ ؛ لأنَّه يتعلَّقُ به حقُّ غيرِه ، وَيثْبُتُ المالُ فى رَقَبَةِ العَبْدِ . فإن كان لا يَسْتَغْرِقُ قِيمَتَه ، بِيعَ منه بقَدْرِ أَرْشِ الجِنايَةِ ، ويكونُ رَهْنًا عندَ مُرْتَهِنِ المَجْنِىِّ عليه ، وباقِيه رَهْنٌ بدَيْنِه . وإن لم يُمْكِنْ بَيْعُ بَعْضِه ، بِيعَ كُلُّه ، وقُسِمَ ثَمَنُه بينَهما على حَسَبِ ذلك . وإن كانَتِ الجِنايَةُ تَسْتَغْرِقُ قِيمَتَه ، فالثانى أحَقُّ به . وهل يُبَاعُ أو يُنْقَلُ فيُجْعَلُ رَهْنًا عندَه ؟ فيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا يُباعُ ؛ لعَدَمِ الفائدَةِ فى بَيْعِه . والثانى ، يُباعُ ؛ لأنَّه رُبَّما زاد فيه مُزايِدٌ فاشْتَراه بأكْثَرَ مِن قِيمَتِه .

وكلُّ موضعٍ قُلْنا : للسَّيِّدِ القِصَاصُ ، أو لوارِثِه . فاقْتَصَّ ، فقال بعْضُ أصْحابِنا : عليه قِيمَتُه ، تُجْعَلُ مَكانَه ؛ لأنَّه أتْلَفَ الرَّهْنَ باخْتِيارِه . ويَحْتَمِلُ أن لا يجِبَ عليه شىءٌ ؛ لأنَّه اقْتَصَّ بإذْنِ الشَّارِعِ ، فلم يَلْزَمْه[3] شىءٌ ، كالأجْنَبِىِّ .

فصل : وجِنايَتُه بإذْنِ سيِّدِه كجِنايَتِه بغيرِ إذْنِه ، إلَّا أن يكونَ صَبِيًّا ، أو أعْجَمِيًّا لا يعْلَمُ تَحْرِيمَ الجِنايَةِ ، فيكونَ السَّيِّدُ هو الجانِىَ ، يتَعَلَّقُ به

(١) فى الأصل : « الرقبتين » .
(٢) فى الأصل : « به » .
(٣) فى ف : « يجب عليه » .

القِصَاصُ والدِّيَةُ ، كالمُباشِرِ لها[1] . ولا يُبَاعُ العبدُ فيها . وقيلَ : يُبَاعُ إذا كانَ مُعْسِرًا ؛ لأنَّه باشَرَ الجِنايَةَ . والأَوَّلُ أصحُّ ؛ لأنَّ العبدَ آلَةٌ ، ولو تعَلَّقَتْ به الجِنايَةُ ، بِيعَ فيها وإن كان سَيِّدُه مُوسِرًا .

فصل : وإن جُنِيَ (2) على الرَّهْنِ (2) ، فالخَصْمُ الرّاهِنُ ؛ لأنَّه مالِكُه ومالِكُ بدَلِه . فإن كانتِ الجِنايَةُ مُوجِبَةً للقِصَاصِ ، فله أن يَقْتَصَّ أو يَعْفُوَ ، فإنِ اقْتَصَّ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، عليه قِيمَتُه تُجْعَلُ مَكانَه ؛ لأنَّه أتْلَفَ مالًا اسْتُحِقَّ بسَبَبِ إتْلافِ الرَّهنِ[3] ، فغَرِمَ قِيمَتَه ، كما لو كانَتِ الجِنايَةُ مُوجِبَةً للمالِ . والثانى ، لا شيءَ عليه ؛ لأنَّه لم يجِبْ بالجِنايَةِ مالٌ ، ولا اسْتُحِقَّ بحالٍ ، وليس على الرّاهِنِ السَّعْىُ للمُرْتَهِنِ فى اكْتسابِ مالٍ . وإن عفا على مالٍ ، أو كانَتِ الجِنايَةُ مُوجِبَةً للمالِ ، كان رَهْنًا مَكانَه . فإن عفا الرَّاهِنُ عن المالِ ، لم يَصِحَّ عَفْوُه ؛ لأنَّه مَحَلٌّ تعَلَّقَ به حقُّ المُرْتَهِنِ ، فلم يَصِحَّ عَفْوُ الرّاهِنِ عنه ، كما لو قبَضَه المُرْتَهِنُ . وقال أبو الخَطّابِ : يَصِحُّ ، وتُؤْخَذُ منه قِيمَتُه وتكونُ رَهْنًا ؛ لأنَّه أتْلَفَه بعَفْوِه . وقال القاضى : تُؤْخَذُ قِيمَتُه مِن الجانِى ، فتُجْعَلُ مَكانَه ، فإذا زال الرَّهْنُ ، رُدَّتْ إلى الجانِى ، كما لو أقَرَّ على عَبْدِه المَرْهُونِ بالجِنايَةِ . وإن عَفا الرّاهِنُ عن الجِنايَةِ المُوجِبَةِ للقِصاصِ إلى غيرِ مالٍ ، انْبَنَى على مُوجَبِ العَمْدِ ، فإن قُلْنا : أحَدُ شَيْئَيْنِ . فهو كالعَفْوِ عن المالِ . وإن قُلْنا : القِصاصُ . فهو كالاقْتِصاصِ فيه وَجْهانِ .

---

(1) سقط من : الأصل .

(2 - 2) فى م : « الراهن » .

(3) سقط من : م .

فصل : إذا أَقَرَّ الرّاهِنُ أنَّ العبدَ كان جَنَى قبلَ رَهْنِه ، فكَذَّبه المُرْتَهِنُ ووَلِيُّ الجِنايَةِ ، لم يُسْمَعْ قَوْلُه ، وإن صدَّقه وَلِيُّ الجِنايَةِ وحدَه ، قُبِلَ إقْرارُه على نَفْسِه دُونَ المُرْتَهِنِ ، فيَلْزَمُه أَرْشُ الجِنايَةِ ؛ لأنَّه حالَ بينَ المَجْنِيِّ عليه وبينَ رَقَبَةِ الجانِى بفِعْلِه ، فأَشْبَهَ ما لو قَتَله . فإن كان مُعْسِرًا ، فمتى انْفَكَّ الرَّهْنُ ، كان المَجْنِيُّ عليه أحَقَّ [١٦٤ظ] برَقَبَتِه ، وعلى المُرْتَهِنِ اليَمِينُ أنَّه لا يعْلَمُ ذلك ، فإن نَكَل ، قُضِىَ عليه . وفيه وَجْهٌ آخَرُ أنَّه يُقْبَلُ إقْرارُ الرّاهِنِ ؛ لأنَّه غيرُ مُتَّهَمٍ ، لكَوْنِه[1] يُقِرُّ بما يُخْرِجُ الرَّهْنَ مِن مِلْكِه ، وعليه اليَمِينُ ؛ لأنَّه يُبْطِلُ بإقْرارِه حَقَّ المُرْتَهِنِ فيه . وإن أَقَرَّ أنَّه كان أعْتَقَه ، عَتَق ؛ لأنَّه يَمْلِكُ عِتْقَه ، فمَلَكَ الإقْرارَ به ، فيَخْرُجُ العبدُ مِن الرَّهْنِ ، ويؤخَذُ مِن الرّاهِنِ قِيمَتُه ، تُجْعَلُ مَكانَه ، ولا يُقْبَلُ قَوْلُه فى تَقْديمِ عِتْقِه ؛ لأنَّه يُسْقِطُ به حَقَّ المُرْتَهِنِ مِن عِوَضِه .

فصل : وإن أَقَرَّ رجُلٌ بالجِنايَةِ على الرَّهْنِ[2] ، فكَذَّبه الرّاهِنُ والمُرْتَهِنُ ، فلا شىءَ لهما . وإن صدَّقه الرّاهِنُ وحدَه ، فله الأَرْشُ ، ولا حَقَّ للمُرْتَهِنِ فيه ؛ لإقْرارِه بذلك . وإن صدَّقه المُرْتَهِنُ وحدَه ، أخذ الأَرْشَ فجُعِلَ رَهْنًا عندَه ، فإذا خَرَج مِن الرَّهْنِ ، رَجَع إلى الجانِى ، ولا حَقَّ للرّاهنِ[3] فيه .

---

(١) فى م : « لأنه » .

(٢) فى الأصل ، م : « الراهن » .

(٣) فى م : « للمرتهن » .

باب الشُّروطِ فى الرَّهْنِ

يَصِحُّ شَرْطُ جَعْلِ الرَّهْنِ فى يَدِ عَدْلٍ ، فيَقُومُ قَبْضُه مَقامَ قَبْضِ المُرْتَهِنِ ؛ لأَنَّه قَبْضٌ فى عَقْدٍ ، فجاز التَّوْكِيلُ فيه ، كقَبْضِ المَوْهُوبِ . وما دامَ العَدْلُ بحالِه ، فليس لأحَدِهما ولا للحاكِمِ نَقْلُه عن يَدِه ؛ لأَنَّهما رَضِياه ابْتِداءً . وإنِ اتَّفَقَا على نَقْلِه ، جاز ؛ لأَنَّ الحَقَّ لهما لا يَعْدُوهما . وإن تغَيَّرَت حالُه بفِسْقٍ ، أو ضَعْفٍ عن الحِفْظِ ، أو عَداوَةٍ لهما ، أو لأَحَدِهما ، فلمَن[1] طَلَبَ نَقْلَه منهما[2] ذلك ؛ لأَنَّه مُتَّهَمٌ فى حقِّه ، ففى بَقائِه فى يَدِه ضَرَرٌ ، ثم إنِ اتَّفَقا على مَن يَضَعانِه عندَه ، جاز ، وإنِ اخْتَلفا ، وضَعَه الحاكِمُ فى يَدِ عَدْلٍ ، وإنِ اخْتَلفا فى تَغَيُّرِ حالِه ، بَحَثَ[3] الحاكِمُ ، وعَمِل بما يَظْهَرُ له . وإن مات العَدْلُ ، لم يكنْ لوارِثِه إمْساكُه إلَّا بتراضِيهما[4] ؛ لأَنَّهما ما ائْتَمَناه . وإن رَدَّه العَدْلُ عليهما ، لَزِمَهما قَبُولُه ؛ لأَنَّه مُتَطَوِّعٌ بحِفْظِه ، فلم يَلْزَمْه المُقامُ عليه ، فإنِ امْتَنَعا ، أجْبَرَهُما الحاكِمُ . فإن تغَيَّبا ، أو كانا غائبَيْنِ ، نصَبَ الحاكِمُ أمِينًا يَقْبِضُه لهما ؛ لأَنَّ للحاكمِ وِلايَةً على الغائبِ المُمْتَنِعِ مِن الحقِّ . وإن دفَعَه الحاكِمُ إلى أمِينٍ مِن غيرِ امْتِناعِهما ، ولا غَيْبَتِهما ،

---

(١) فى م : « فمن » .

(٢) بعده فى م : « فله » .

(٣) فى م : « بعث » .

(٤) فى م : « برضاهما » .

ضَمِن الحاكِمُ والأمِينُ معًا؛ لأنَّه لا وِلايَةَ له على غيرِ[1] المُمْتَنِعِ والغائبِ. وإنِ امْتَنَعا أو غابا فلم يَجِدْ حاكِمًا، فترَكَه عندَ عَدْلٍ آخرَ، (2لم يَضْمَنْ2)؛ لأنَّه حالُ حاجَةٍ. وإن أوْدَعَه مع قُدْرَتِه على الحاكمِ، ضَمِن؛ لأنَّه يقومُ مَقامَهما. وكذلك لو أوْدَعَه مِن غيرِ امْتِناعِهما ولا غَيْبَتِهما، ضَمِن هو والقابِضُ معًا. وإنِ امْتنَعَ أحدُهما ولم يَجِدْ حاكِمًا، لم يكنْ له دَفْعُه إلى الآخَرِ[3]، فإن فَعَل، ضَمِن؛ لأنَّه يُمْسِكُه لنَفْسِه، والعَدْلُ يُمْسِكُه لهما، فإن رَدَّه (4إلى يَدِه4)، زال الضَّمانُ.

فصل: وإن شَرَط[5] جَعْلَه فى يَدِ اثْنَيْنِ، صَحَّ الشَّرْطُ، ولم يكنْ لأَحَدِهما الانْفِرَادُ بحِفْظِه؛ لأنَّ المُتَراهِنَيْن لم يَرْضَيا إلَّا بحِفْظِهما معًا، فلم يَجُزْ لأَحَدِهما الانْفِرادُ به، كالوَصِيَّيْنِ. فإنْ سَلَّمه أحدُهما إلى صاحبِه، ضَمِنَ نِصْفَه؛ لأنَّه القَدْرُ الذى تَعَدَّى فيه، فإن مات أحدُهما أو تغَيَّرَ حالُه، أُقِيمَ مُقامَه عَدْلٌ.

فصل: وكلُّ مَن جاز تَوْكِيلُه، جاز جَعْلُ الرَّهْنِ على يدَيْهِ، مُسْلِمًا كان أو كافِرًا، عَدْلًا أو فاسِقًا، ذكَرًا أو أُنْثَى؛ لأنَّه جاز تَوْكِيلُه فى غيرِ الرَّهْنِ، فجاز فيه، كالعَدْلِ. ولا يجوزُ أن يكونَ صَبِيًّا أو مَجْنُونًا؛ [١٦٥و]

---

(١) سقط من: الأصل.

(٢ - ٢) سقط من: م.

(٣) فى م: «أحدهما».

(٤ - ٤) سقط من: الأصل.

(٥) فى م: «شرطا».

لأنَّه غيرُ جائزِ التَّصرُّفِ ، فإن فعَلا ، كان قَبْضُه له وعدَمُه واحِدًا . وإن كان عَبْدًا ، فله حِفْظُه بإذْنِ سَيِّدِه . ولا يجوزُ بغيرِ إذْنِه ؛ لأنَّ مَنافِعَه لسَيِّدِه ، فلا يجوزُ تَضْيِيعُها في الحِفْظِ مِن غيرِ إذْنِه . وإن كان مُكاتَبًا ، وكان بغيرِ جُعْلٍ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه ليس له التَّبَرُّعُ . وإن كان بجُعْلٍ ، جاز ؛ لأنَّ له الكَسْبَ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه .

فإن لم يَشْرُطا[1] جَعْلَه في يَدِ أحَدٍ ، فهو في يَدِ المُرْتَهِنِ ؛ لأنَّه المُسْتَوْجِبُ للعَقْدِ ، فكانَ القَبْضُ له ، كالمُتَّهِبِ . فإن قبَضَه ، ثم تغَيَّرَت حالُه في الثِّقَةِ أو الحِفْظِ ، أو حدَثَت بينَهما عَداوَةٌ ، فللرّاهِنِ دَفْعُه إلى الحاكمِ لِيُزِيلَ يَدَه ، ويُجْعَلَ في يَدِ عَدْلٍ ؛ لأنَّه لم يَرْضَ بحِفْظِه في هذه الحالِ . وإنِ اخْتَلفَا في تغَيُّرِ حالِه ، بَحَث الحاكِمُ وعَمِلَ بما بان له . وإنْ ماتَ المُرْتَهِنُ ، نُقِلَ عن الوارِثِ إلى عَدْلٍ ؛ لأَنَّ الرّاهِنَ لم يَرْضَ بحِفْظِه .

فصل : إذا شَرَط أن يَبِيعَه المُرْتَهِنُ أو العَدْلُ عندَ حُلُولِ الحقِّ ، صَحَّ شَرْطُه ؛ لأنَّ ما صَحَّ تَوْكِيلُ غيرِهما فيه ، صَحَّ تَوْكِيلُهما فيه ، كبَيْعِ عَيْنٍ أُخْرَى . فإن عزَلَهما الرّاهِنُ ، صَحَّ عَزْلُه ؛ لأنَّ الوَكالَةَ عَقْدٌ جائزٌ ، فلم يَلْزَمِ المُقامُ عليها[2] ، كما لو وَكَّلَ غيرَهُما ، أو وَكَّلَهما في بَيْعِ غيرِه . ولو مات المُرْتَهِنُ ، لم يكنْ لوَارِثِه البيعُ ؛ لأنَّه لم يُؤْذَنْ له . ويتَخَرَّجُ أنَّه لا يَمْلِكُ عَزْلَهما ؛ لأنَّه يَفْتَحُ بابَ الحِيلَةِ . فإن عزَل المُرْتَهِنُ العَدْلَ عن البيعِ ، لم

---

(١) في س ١، س ٢، ف ، م : « يشرط » .

(٢) في م : « عليهما » .

يَمْلِكه إلَّا[1] فى الحالِ التى يَمْلِكُه الرَّاهِنُ ؛ لأنَّه وَكِيلُه خاصَّةً . وإن أذِنا[2] له فى بَيْعِ الرَّهْنِ ، فتَلِف بجنايَةٍ وجُعِلَتْ قِيمَتُه مَكانَه ، فقال القاضى : قِياسُ المَذْهَبِ أنَّ له بَيْعَها ؛ لأنَّه يجوزُ له بَيْعُ نَمائِه تَبَعًا[3] ، فبَيْعُ قِيمَتِه أَوْلَى . والصحيحُ أنَّه لا يَمْلِكُ بَيْعَها ؛ لأنَّه لم يُؤْذَنْ له فيه ، ولا هى تَبَعٌ لِما أُذِن فيه ، بخِلافِ النَّماءِ .

فصل : وإن أذِنا له فى البَيْعِ بنَقْدٍ ، لم يكنْ له خِلافُهما ؛ لأنَّه وَكِيلُهما . وإن أطْلَقا أو اخْتَلفا ، باع بنَقْدِ البَلَدِ ؛ لأنَّ الحَظَّ فيه . فإن كان فيه نُقُودٌ ، باع بأَغْلَبِها . فإن تَساوَتْ ، باع بما يَرَى الحَظَّ فيه ؛ لأنَّ الغَرَضَ تَحْصِيلُ الحَظِّ . فإن تَساوَتْ ، باع بجِنْسِ الدَّيْنِ ؛ لأنَّه يُمْكِنُ القَضاءُ منه . فإن لم يكنْ فيها جِنْسُ الدَّيْنِ ، عَيَّنَ له الحاكِمُ ما يَبِيعُ به . وحُكْمُه حُكْمُ الوَكِيلِ فى وُجُوبِ الاحْتِياطِ فى الثَّمَنِ ، على ما سَنَذْكُرُه ، فإذا باع وقَبَض الثَّمَنَ ، فتَلِف فى يَدِه مِن غيرِ تَعَدٍّ ، فلا ضَمانَ عليه ؛ لأنَّه أمِينٌ ، وهو مِن ضَمانِ الرّاهِنِ ؛ لأنَّه مِلْكُه . فإن أنْكَرَ الرّاهِنُ تَلَفَه ، فالقَوْلُ قولُ العَدْلِ[4] مع يَمِينِه ؛ لأنَّه أمِينٌ ، فهو كالمُودَعِ . فإن قال : ما قَبَضْتُه مِن المُشْتَرِى . فالقولُ قولُ العَدْلِ ؛ لذلك . ويَحْتَمِلُ أنْ لا يُقْبَلَ قَوْلُه ؛ لأنَّ هذا إبْراءٌ للمُشْتَرِى . وإن خَرَج الرَّهْنُ مُسْتَحَقًّا ، فالعُهْدَةُ على الرّاهِنِ دونَ العَدْلِ ؛

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « أذن » .

(٣) سقط من : م .

(٤) فى م : « الأمين » .

لأنَّه وَكِيلٌ[1] . وإنِ اسْتُحِقَّ بعدَ تَلَفِ الثَّمَنِ فى يَدِ العَدْلِ ، رجَعَ المُشْتَرِى على الرَّاهِنِ دُونَ العَدْلِ ؛ لأنَّه قَبَض منه على أنَّه أمِينٌ[2] فى قَبْضِه وتَسْلِيمِه إلى المُرْتَهِنِ . وإن كان الثَّمَنُ باقِيًا فى يَدِ العَدْلِ أو المُرْتَهِنِ ، رَجَع المُشْتَرِى فيه ؛ لأنَّه عَيْنُ مالِه قُبِض بغيرِ حقٍّ . وإن وَجَد المُشْتَرِى بالمَبِيعِ عَيْبًا ، فرَدَّه بعدَ قَبْضِ المُرْتَهِنِ ثَمَنَه ، لم يَرْجِعْ عليه ؛ لأنَّه قَبَضه بحَقٍّ ، ولا على العَدْلِ ؛ لأنَّه أمِينٌ ، ويَرْجِعُ على الرّاهِنِ ، إلَّا أن يكونَ العَدْلُ [١٦٥ظ] لم يُعْلِمِ المُشْتَرِىَ أنَّه وَكِيلٌ ، فيَكُونَ رُجُوعُه عليه ، ثم يَرْجِعَ هو على الرّاهِنِ . فإن تَلِف المَبِيعُ فى يَدِ المُشْتَرِى ، ثم بان مُسْتَحَقًّا ، فلِمالِكِه تَضْمِينُ مَن شاء مِن الرَّاهِنِ والعَدْلِ والمُرْتَهِنِ ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهم قَبَض مالَه بغيرِ حَقٍّ ، ويَسْتَقِرُّ الضَّمانُ على المُشْتَرِى ؛ لأنَّ التَّلَفَ حَصَل فى يَدِه ، ويَرْجِعُ على الرّاهِنِ بالثَّمَنِ الذى أخذَ منه .

وإذا باع العَدْلُ الرَّهْنَ بَيْعًا فاسِدًا ، وَجَب رَدُّه ، فإن تعَذَّرَ رَدُّه ، فللمُرْتَهِنِ تَضْمِينُ مَن شاء مِن العَدْلِ والمُشْتَرِى أقَلَّ الأمْرَيْن مِن قِيمَةِ الرَّهْنِ أو قَدْرِ الدَّيْنِ ؛ لأنَّه يَقْبِضُ ذلك مُسْتَوْفِيًا لحقِّه لا رَهْنًا ، فلم يكنْ له أكْثَرُ مِن دَيْنِه ، وما بَقِىَ للرّاهِنِ ، يَرْجِعُ به على مَن شاء منهما . وإن وَفَّى[3] الرّاهِنُ المُرْتَهِنَ ، رَجَع بقِيمَتِه على مَن شاء منهما ، ويَسْتَقِرُّ الضَّمانُ على المُشْتَرِى ؛ لحُصُولِ التَّلَفِ فى يَدِه .

---

(١) فى ف : « أمين » .

(٢) فى ف : « وكيل » .

(٣) فى س ٢ : « قال » .

فصل : إذا ادَّعَى العَدْلُ دَفْعَ الثَّمَنِ إلى المُرْتهِنِ ، فأنْكَرَه ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، القَوْلُ قَوْلُ العَدْلِ ؛ لأنَّه أمِينٌ ، فإذا حَلَف ، [(1] بَرِئَ ، ويرْجِعُ المُرْتَهِنُ على الرّاهِنِ . والثانى ، القَوْلُ قَوْلُ المُرْتَهِنِ ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ ، والعَدْلُ إنَّما هو أمِينُه فى الحِفْظِ لا فى دَفْعِ الثَّمَنِ إليه ، فإذا حَلَف [1)] ، رَجَع على مَن [(2)] شاء منهما ، فإذا رَجَع على العَدْلِ ، لم يَرْجِعِ العَدْلُ على الرَّاهِنِ ؛ لأنَّه يُقِرُّ ببَراءةِ ذِمَّتِه منه ، ويَدَّعِى أنَّ المُرْتَهِنَ ظَلَمَه وغصَبَه . وإن رَجَع على الرّاهِنِ ، رَجَع الرّاهِنُ على العَدْلِ ؛ لتفْرِيطِه فى القَضاءِ بغيرِ بَيِّنَةٍ ، إلَّا أن يَكُونَ قَضاؤُه بحَضْرَةِ الرّاهِنِ ، أو ببيِّنَةٍ ، فماتَت أو غابَت ، فلا يَرْجِع عليه ؛ لعَدَمِ تَفْرِيطِه . وعنه ، لا يَرْجِعُ على العَدْلِ بحالٍ ؛ لأنَّه أمِينٌ .

ولو غَصَب المُرْتَهِنُ الرَّهْنَ مِن العَدْلِ ، ثم رَدَّه إليه ، زال الضَّمانُ ؛ لأنَّه رَدَّه إلى وَكِيلِ الرّاهِنِ فى إمْساكِه ، فأشْبَهَ ما لو أَذِن له فى دَفْعِه إليه . ولو كان الرَّهْنُ فى يَدِه ، فتَعَدَّى فيه ، ثم أزال التَّعَدِّىَ ، لم يَزُلِ الضَّمانُ ؛ لأنَّ اسْتِئْمانَه زال بذلك ، فلم يَعُدْ بفِعْلِه .

فصل : إذا رَهَن أمَةً رَجُلًا ، وشرَطَ جَعْلَها فى يَدِ امرأةٍ ، أو ذى مَحْرَمٍ [(3)] لها ، أو ذى زَوْجَةٍ أو أمَةٍ ، جاز ؛ لأنَّه لا يُفْضِى إلى الخَلْوَةِ بها . وإن لم يكنْ كذلك ، فَسَد الرَّهْنُ ؛ لإفْضائِه إلى خَلْوَةِ الأجْنَبِىِّ بها .

ولو اقْتَرضَ ذِمِّىٌّ مِن مُسْلِمٍ مالًا ، ثم رَهَنَه خَمْرًا ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّها

(1 - 1) سقط من : الأصل .

(2) فى الأصل : « ما » .

(3) فى م : « رحم » .

ليسَت مالًا . وإن باعَها الذِّمِّيُّ أو وَكِيلُه ، و[1] أتاه بثَمَنِها ، فله أخْذُه ، وإنِ امْتنعَ ، لَزِمَه ، وقيلَ له : إمّا أن[2] تَقْبِضَ ، أو[3] تُبْرِئَ ؛ لأنَّ أهْلَ الذِّمَّةِ إذا تقابَضُوا فى العُقُودِ الفاسِدَةِ ، جرَى مَجْرَى الصَّحِيحِ .

فصل : فإن شَرَط ما يُنافِى مُقْتَضَى الرَّهْنِ ، نحوَ أن يَشْتَرِطَ أن لا يُسلِّمَه ، أو[4] لا يُباعَ عندَ الحُلولِ ، أو[4] لا يُسْتَوفَى الدَّينُ مِن ثَمَنِه ، أو شَرَطَ أن يَبِيعَه بما شاء ، أو لا يَبِيعَه إلَّا بما يُرْضِيه ، فَسَد الشَّرْطُ ؛ لأنَّ المَقْصُودَ مع[5] الوَفاءِ به مَفْقُودٌ[6] . وإن شَرَط أنَّه متى حَلَّ الحَقُّ ولم تُوَفِّنِى ، فالرَّهْنُ لى بالدَّيْنِ ، أو بثَمَنٍ سَمَّاه ، فسَدَ ؛ لِما رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال : « لا يَغْلَقُ الرَّهْنُ » . رَواه الأثْرَمُ[7] . ومَعْناه اسْتِحْقاقُ المُرْتَهِنِ له[8] لعَجْزِ الرَّاهِنِ عن فَكاكِه ، ولأنَّه علَّقَ البيعَ على شَرْطٍ مُسْتَقْبَلٍ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو علَّقَه على قُدومِ زَيْدٍ . وإن قال : أرْهَنُكَ على أن تَزِيدَنِى فى الأجَلِ . لم يصحَّ ؛ لأنَّ الدَّيْنَ الحالَّ لا يتأجَّلُ ، وإذا لم يَثْبُتِ الأجَلُ فَسَد الرَّهْنُ ؛ لأنَّه فى مُقابَلَتِه .

---

(1) فى م : « أو » .

(2) سقط من : الأصل .

(3) فى م : « وإما أن » .

(4) فى الأصل : « و » .

(5) فى الأصل : « من » .

(6) فى الأصل : « مقصود » .

(7) تقدم تخريجه فى صفحة ١٨٥ .

(8) سقط من : م .

وإن شَرَط أن يَنْتَفِعَ المُرْتَهِنُ بالرَّهْنِ (١)في دَيْنِ القَرْضِ(١) ، لم يَجُزْ . وإن كان بدَيْنٍ مُسْتَقِرٍّ فى مُقابلَةِ تأْخِيرِه عن أجَلِه ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه بَيْعٌ [١٦٦و] للأجَلِ . وإن كان فى بَيْعٍ ، فعن أحمدَ جَوازُه إذا جَعَل المَنْفعَةَ معْلُومَةً ، كخِدْمَةِ شَهْرٍ ونحوِه ، فيكونُ بَيْعًا وإجارَةً . وإن لم تكنْ مَعْلُومَةً ، بَطَل الشَّرْطُ للجَهالَةِ ، وبَطَل البيعُ لجَهالَةِ ثَمَنِه ، وما عدا هذا ، فهو إباحَةٌ لا يلْزَمُ الوَفاءُ به . وإن قال : رَهَنْتُكَ ثَوْبِى هذا يومًا ، ويومًا لا أُوَقِّتُه . فالرَّهْنُ فاسِدٌ ؛ لأنَّه يُنافِى مُقْتَضاه .

وكلُّ شَرْطٍ يَسْقُطُ به دَيْنُ الرَّهْنِ يُفْسِدُه ، وما لا يُؤَثِّرُ فى ضَرَرِ أحَدِهما ، كاشْتِرَاطِ جَعْلِ الأمَةِ فى يَدِ أجْنَبِىٍّ عَزَبٍ ، لا يُفْسِدُه . وفى سائرِ الشُّروطِ الفاسِدَةِ وجْهَانِ ؛ أحدُهما ، يَفْسُدُ بها الرَّهْنُ . والآخَرُ ، لا يَفْسُدُ بها(٢) ؛ بِناءً على الشُّروطِ الفاسِدَةِ فى البيعِ . ويَحْتَمِلُ أنَّ ما يَنْقُصُ المُرْتَهِنَ ، يُبْطِلُه . وَجْهًا واحدًا . وفى سائرِها وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، يُبْطِلُ الرَّهْنَ ؛ لأنَّه شَرْطٌ فاسدٌ ، فأبْطَلَه ، كالأوَّلِ . والثانى ، لا يُبْطِلُه ؛ لأنَّه زائدٌ ، فإذا بَطَل ، بَقِىَ العَقْدُ بأحْكامِه .

(١ - ١) فى م : « المقرض » .

(٢) زيادة من : س ١ .

بابُ اخْتِلافِ المتَراهِنَيْنِ

إذا قال : رَهَنْتَنِى كذَا . فأنْكَرَ ، أو اخْتَلفَا فى قَدْرِ الدَّيْنِ ، أو قَدْرِ الرَّهْنِ ، فقال : رَهَنْتَنِى هذَيْنِ . قال : بل هذا وَحْدَه . أو قال : رَهَنْتَنِى هذا بجَمِيعِ الدَّيْنِ . قال : بل بنِصْفِه . أو قال : رَهَنْتَنِيه بالحالِّ . قال : بل بالمُؤَجَّلِ . فالقَوْلُ قولُ الرّاهِنِ ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ ، والأَصْلُ عدَمُ ما أنْكَرَه ، ولأنَّ القولَ قَوْلُه فى أصْلِ العَقْدِ ، فكذلك فى صِفَتِه . فإن قال : رَهَنْتَنِى عَبْدَك هذا . قال : بل ثَوْبِى هذا . لم يَثْبُتِ الرَّهْنُ فى الثَّوبِ ؛ لرَدِّ المُرْتَهِنِ له ، وحَلَف الرَّاهِنُ على العَبْدِ ، وخرَجَ بيَمِينِه[1] . وإن قال : أرْسَلْتَ وَكِيلَكَ فرَهَن عَبْدَكَ على أَلْفَيْنِ قَبَضَها مِنِّى . فقال : ما أَذِنْتُ له فى رَهْنِه إلَّا بأَلْفٍ . سَأَلْنا[2] الرسولَ ؛ فإن صَدَّقَ الرّاهِنَ ، حَلَف : [3]ما رَهَنْتُه[3] إلَّا بأَلْفٍ ، ولا قَبَضْتُ غيرَها . ولا يَمِينَ على الرّاهِنِ ؛ لأنَّ الدَّعْوَى على غيرِه . وإن صَدَّقَ المُرْتَهِنَ ، حَلَف الرّاهِنُ ، وعلى الرسولِ أَلْفٌ ؛ لأنَّه أقَرَّ بقَبْضِها ، ويَبْقَى العَبْدُ رَهْنًا على أَلْفٍ واحِدَةٍ . ومَن توَجَّهَت عليه اليمِينُ فنَكَل ، فهو كالمُقِرِّ سَواءً .

---

(١) فى الأصل : « بثمنه » .

(٢) فى م : « سئل » .

(٣ - ٣) فى م : « على أنه ما رهنه » .

فصل : فإن قال : رَهَنْتَنِى عَبْدَك هذا بأَلْفٍ . فقالَ : بل (١) بِعْتُكَهُ بها . أو (١) قال : بِعْتَنِيه بأَلْفٍ . فقال : بل رَهَنْتُكَه بها . حَلَف كلُّ واحدٍ منهما على نَفْيِ ما ادُّعِيَ عليه ، فسَقَط ، ويأْخُذُ السَّيِّدُ عبدَه ، وتَبْقَى الأَلْفُ (٢) بغيرِ رَهْنٍ (٢) .

فصل : وإن قال الرّاهِنُ : قَبَضْتَ الرَّهْنَ بغيرِ إذْنِى . فقال : بل بإذْنِكَ . فالقولُ قولُ الرَّاهِنِ ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ . وإن قال : أَذِنْتُ لك ثم رَجَعْتُ قبلَ القَبْضِ . فأنْكَرَ المُرْتَهِنُ ، فالقولُ قولُه ؛ لأَنَّ الأَصْلَ عدَمُ الرُّجوعِ . وإن كان الرَّهْنُ فى يَدِ الرّاهِنِ ، فقال المُرْتَهِنُ : قَبَضْتُه ثم غَصَبْتَنِيه . فأنْكَرَ الرّاهِنُ ، فالقولُ قولُه ؛ لأنَّ الأَصْلَ معه . وإن أَقَرَّ بتَقْبِيضِه ثم قال : أَحْلِفُوه لى أنَّه قَبَض بحَقٍّ . ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يُحَلَّفُ ؛ لأَنَّ ما ادَّعاه مُحْتَمِلٌ . والثانى ، لا يُحَلَّفُ ؛ لأَنَّه مُكَذِّبٌ لنَفْسِه .

وإن رَهَنَه عَصِيرًا ثم وُجِدَ خَمْرًا ، فقال المُرْتَهِنُ : إنَّما أَقْبَضْتَنِى خَمْرًا ، فلى فَسْخُ البيعِ . وقال الرّاهِنُ : بل كان عَصِيرًا . فقال أحمدُ : فالقولُ قَوْلُ الرّاهِنِ ؛ لأنَّه يَدَّعِى سلامَةَ العَقْدِ ، وصِحَّةَ القَبْضِ ، وظاهِرُ حالِ المسلمين (٣) اسْتِعْمالُ الصَّحِيحِ ، [١٦٦ظ] فكان القَوْلُ قولَ مَنْ يَدَّعِيه ، كما لو اخْتَلَفَا فى شَرْطٍ يُفْسِدُ البَيْعَ . ويَحْتَمِلُ أنَّ القولَ قولُ المُرْتَهِنِ ؛ بِناءً على اخْتِلافِ المُتَبايِعَين فى حدُوثِ العَيْبِ . ولو كان الرَّهْنُ حَيوانًا فمات ، واخْتلَفا فى

(١ - ١) فى الأصل : « فهو بها لو » .

(٢ - ٢) فى م : « رهنا » .

(٣) فى م : « المسلم » .

حَياتِه وَقْتَ الرَّهْنِ أو القَبْضِ ، فحُكْمُه حُكْمُ العَصِيرِ . وإن أنْكَرَ المُرْتَهِنُ قَبْضَه ، فالقولُ قَوْلُه ؛ لأنَّ الأَصْلَ معه . وإن وَجَدَه مَعِيبًا ، واخْتَلفا فى حُدُوثِه ، ففيه وَجْهان مَبْنِيّان على الرِّوايتَيْن فى البَيْعِ .

فصل : إذا كان لرجلٍ على آخَرَ ألْفٌ برَهْنٍ ، وألْفٌ بغيرِ رَهْنٍ ، فقضاه ألْفًا ، وقال : قَضَيْتُ دَيْنَ الرَّهْنِ . فقال : بل[1] هى عن الأَلْفِ الآخَرِ . فالقولُ قولُ الرّاهِنِ ، سَواءٌ اخْتَلفا فى لَفْظِه أو نِيَّتِه ؛ لأنَّها تَنْتَقِلُ منه ، فكان القولُ قولَه فى صِفَةِ النَّقْلِ ، وهو أعْلَمُ بِنِيَّتِه . ولو دَفَعَها بغيرِ[2] لَفْظٍ ولا نِيَّةٍ ، فله صَرْفُها إلى أيِّهما شاء ، (٣كما لو دَفَع زَكاةَ أحَدِ الألْفَيْنِ . وإن أبْرَأَه المُرْتَهِنُ (٤مِن أحدِهما٤) ، فالقَولُ قولُ المُرْتَهِنِ ؛ لذلك . وإن أطْلَقَ ، فله صَرْفُها إلى أيِّها شاء٣) . ذَكَرَه أبو بَكْرٍ .

فصل : ولو كان عليه أَلْفان لرَجُلَيْنِ ، فادَّعَى كلُّ واحِدٍ منهما أنَّه رهَنَه عَبْدَه بِدَيْنِه ، فأنْكَرَهُما ، حَلَف لهما . وإن صَدَّقَ أحدَهما ، أو قال : هو السّابِقُ . سلَّمَه إليه ، وحَلَفَ للآخَرِ . وإنْ نَكَلَ والعَبْدُ فى يَدِ أحَدِهما ، فعليه للآخَرِ قِيمَتُه تُجْعَلُ رَهْنًا ؛ لأنَّه فَوَّتَه على الثانى بإقْرارِه للأوَّلِ ، أو[5] بتَسْلِيمِه إليه . وقال القاضى : هل يُرَجَّحُ صاحِبُ اليَدِ أو المُقَرُّ له ؟ يَحْتَمِلُ

---

(١) سقط من : م .
(٢) فى م : « من غير » .
(٣ - ٣) سقط من : الأصل .
(٤ - ٤) سقط من : م .
(٥) فى الأصل : « و » .

وَجْهَيْنِ. وإن قال: لا أعْلَمُ المُرْتَهِنَ منهما، أو السّابِقَ. حَلَف على ذلك، والقَوْلُ قولُ مَن هو فى يَدِه منهما مع يَمِينِه. وإن كان فى أيْدِيهما، أو يَدِ غيرِهما، فالحُكْمُ فى ذلك كالحُكْمِ فيما إذا ادَّعَيا مِلْكَه.

فصل: فإنِ ادَّعَى على رَجُلَيْنِ أنَّهما رَهَنَاه عَبْدَهما بدَيْنِه، فأنْكَراه، فالقولُ قولُهما. وإن شَهِد كلُّ واحدٍ منهما على الآخَرِ، قُبِلَتْ شَهادَتُه؛ لأنَّه لا يَجْلِبُ بهذه الشَّهادَةِ نَفْعًا، ولا يَدْفَعُ بها ضَررًا. وإن أقَرَّ أحدُهما وحدَه، لَزِم فى نَصِيبِه، وتُسْمَعُ شَهادَتُه على صاحِبِه؛ لِما ذكَرْناه.

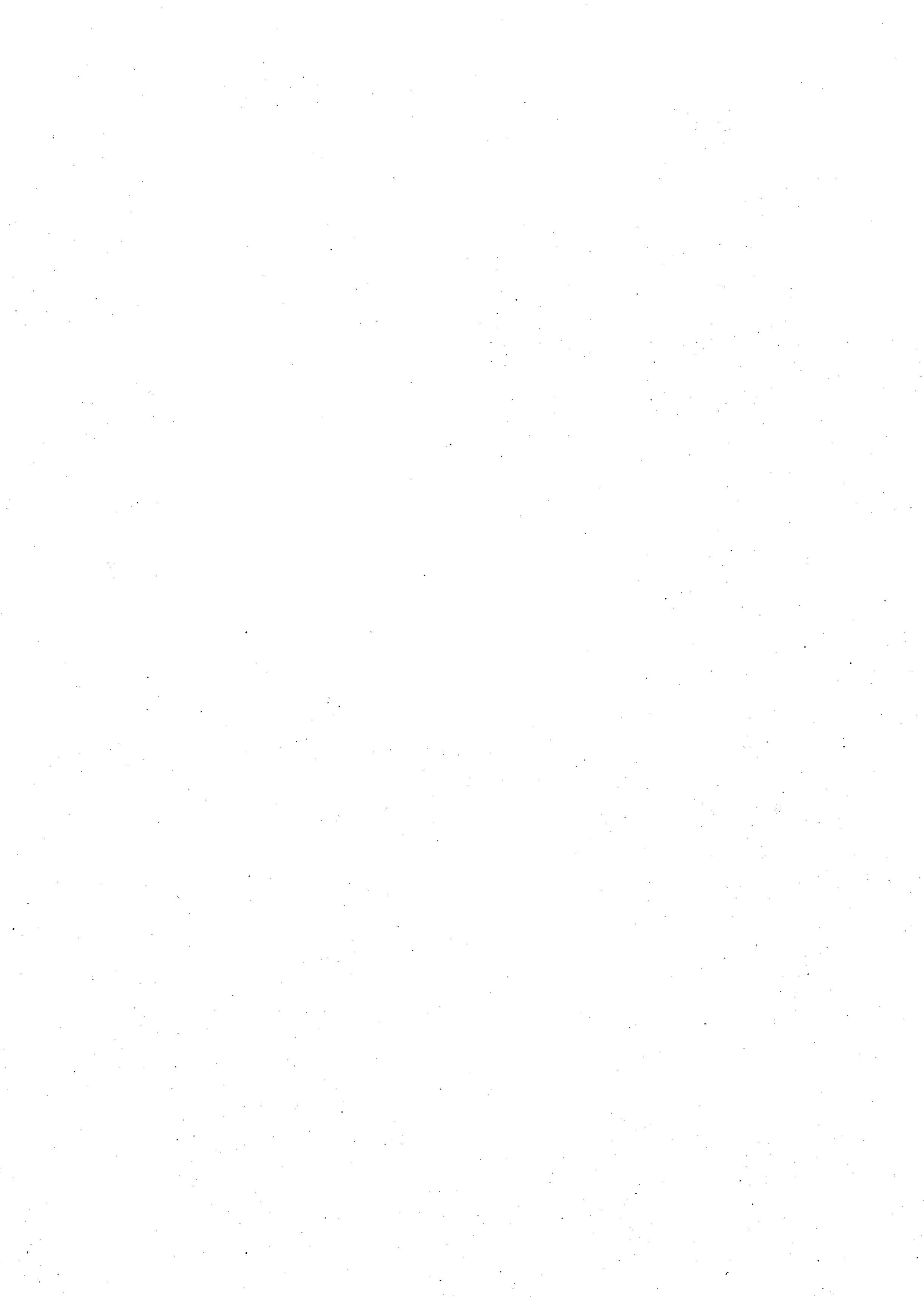
فصل: وإنِ ادَّعَى المُرْتَهِنُ هَلاكَ الرَّهْنِ بغيرِ تَفْرِيطٍ، فالقولُ قولُه؛ لأنَّه أَمِينٌ، فأَشْبَهَ المُودَعَ. وإنِ ادَّعَى الرَّدَّ، ففيه وَجْهان؛ أحدُهما، يُقْبَلُ قَوْلُه؛ لذلك. والثانى، لا يُقْبَلُ؛ لأنَّه قَبَضَه لِنَفْسِه، فلم يُقْبَلْ قَوْلُه فى الرَّدِّ، كالمُسْتَأْجِرِ.

وإن أعْتَقَ الرّاهِنُ الجارِيَةَ، أو وَطِئَها، وادَّعَى أنَّه بإذْنِ المُرْتَهِنِ، فأنْكَرَه، فالقولُ قولُ المُرْتَهِنِ؛ لأنَّ الأصْلَ معه، وإن نَكَل، قُضِىَ عليه. وإن صدَّقَه فأتَت بوَلَدٍ، فأنْكَرَ المُرْتَهِنُ مُدَّةَ الحَمْلِ، فالقولُ قولُه؛ لأنَّ الأصْلَ عدَمُها، (1) وإن وَطِئَها (1) المُرْتَهِنُ بإذْنِ الرّاهِنِ، و(2) ادَّعَى الجَهالَةَ، وكانَ مِثْلُه يَجْهَلُ ذلكَ، فلا حَدَّ عليه؛ لأنَّ الحَدَّ يُدْرَأُ بالشُّبُهاتِ. ولا مَهْرَ؛ لأنَّه حقٌّ للسَّيِّدِ، فسَقَط بإذْنِه، والوَلَدُ حُرٌّ يَلْحَقُه نَسَبُه؛ لأنَّه مِن

(1 - 1) فى م: «وادعى».

(2) فى الأصل: «أو».

وَطْءِ شُبْهَةٍ ، ولا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ ؛ لأَنَّه لا مِلْكَ له فيها . وإن لم تكنْ له شُبْهَةٌ ، فعليه الحَدُّ والمَهْرُ ، ووَلَدُه رَقِيقٌ .



كِتابُ التَّفْلِيسِ

ومَن لَزِمَه دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ، لم يَجُزْ مُطالَبتُه به؛ لأنَّه لا يلْزَمُه أداؤُه قبلَ أجَلِه، ولا يجوزُ الحَجْرُ عليه به؛ لأنَّه لا يَسْتَحِقُّ المُطالَبةَ به، فلم يَمْلِكْ[1] مَنْعَه مِن (2)التَّصَرُّفِ فى(2) مَالِه بسَببِه.

فإن أرادَ سَفَرًا يَحِلُّ دَيْنُه قبلَ قُدومِه منه، فلغَرِيمِه مَنْعُه، إلَّا برَهْنٍ أو ضَمِينٍ [١٦٧و] مَلِيءٍ؛ لأنَّه ليس له تأْخِيرُ الحقِّ عن مَحِلِّه، وفى السَّفَرِ تأْخِيرُه. وإن لم يكنْ كذلك، ففيه رِوايَتان؛ إحْداهما، له مَنْعُه؛ لأنَّ قُدومَه عندَ المَحِلِّ غيرُ مُتيَقَّنٍ ولا ظاهِرٍ، فمَلَك مَنْعَه منه، كالأوَّلِ[3]. والثانيةُ، ليس له مَنْعُه؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ المُطالَبَةَ به فى الحالِ، ولا يَعْلَمُ أنَّ السَّفَرَ مانِعٌ منها عندَ الحُلُولِ، فأَشْبَهَ السفرَ القَصِيرَ.

وإن كان الدَّيْنُ حالًّا، والغَرِيمُ مُعْسِرٌ، لم تَجُزْ مُطالَبَتُه؛ لقولِ اللَّهِ تعالَى: ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾[4]. ولا يَمْلِكُ حَبْسَه ولا مُلازَمَتَه؛ لأنَّه دَيْنٌ لا يَمْلِكُ المُطالَبَةَ به، فلم يَمْلِكْ به ذلك،

---

(١) فى م: «يجز».

(٢ - ٢) زيادة من: م.

(٣) سقط من: م.

(٤) سورة البقرة ٢٨٠.

كالمُؤَجَّلِ . فإن كان ذا صَنْعَةٍ ، ففيه رِوايَتانِ ؛ إحْداهما ، يُجْبَرُ على إجَارَةِ نَفْسِه ؛ لِما رُوِىَ أنَّ رجُلًا دخَلَ المَدِينَةَ ، وذكَرَ أنَّ وَراءَه مالًا ، فدَايَنَه النّاسُ ، ولم يكنْ وَراءَه مالٌ ، فسَمَّاه النبيُّ ﷺ سُرَّقًا[1] ، وباعَه بخَمْسَةِ أبْعِرَةٍ . [2]ورَوى الدّارَقُطْنِىُّ نحوَه ، وفيه : أربعةِ أبْعِرَةٍ[2] . والحُرُّ لا يُباعُ ، فعُلِمَ أنَّه باع مَنافِعَه ، ولأنَّ الإجارَةَ عَقْدُ مُعَاوضَةٍ ، فجاز أن يُجْبَرَ عليه ؛ كبَيْعِ مالِه ، وإجارَةِ أُمِّ ولَدِه . والثانيةُ ، لا يُجْبَرُ ؛ لِما رَوى أبو سعيدٍ أنَّ رَجُلًا أُصِيبَ فى ثمارٍ ابْتاعَها ، فكَثُرَ دَيْنُه ، فقال النبيُّ ﷺ : « تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ » . فتَصَدَّقُوا عليه ، فلم يَبْلُغْ وَفاءَ دَيْنِه ، فقال النبيُّ ﷺ : « خُذُوا ما وَجَدْتُمْ ، وليس لكم إلَّا ذلك » . رَواه مسلمٌ[3] . ولأنَّه نَوْعُ تَكسُّبٍ ، فلم يُجْبَرْ عليه ، كالتِّجارَةِ .

---

(1) صحابى من جهينة ، يقال : إن اسمه الحباب بن أسد ، شهد فتح مصر وأقام بها ، مات فى خلافة عثمان . الإصابة ٣/ ٤٤، ٤٥.

(٢ - ٢) سقط من : ب ، م .

والحديث أخرجه الدارقطنى ، فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٣/ ٦١، ٦٢.

كما أخرجه الطحاوى ، فى : شرح معانى الآثار ٤/ ١٥٧. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٦/ ٥٠.

(3) فى : باب استحباب وضع الدين ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/ ١١٩١.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب وضع الجائحة ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢/ ٢٤٨. والترمذى ، فى : باب ما جاء من تحل له الصدقة من الغارمين وغيرهم ، من أبواب الزكاة . عارضة الأحوذى ٣/ ١٥٥. والنسائى ، فى : باب وضع الجوائح ، وفى : باب الرجل يبتاع البيع فيفلس ...، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٣٣، ٢٧٥. وابن ماجه ، فى : باب تفليس المعدم والبيع عليه لغرمائه ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٨٩. والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٣٦.

فصل : وإن كان مُوسِرًا ، فلغَرِيمِه مُطالَبتُه ، وعليه قَضاؤُه ؛ لقولِ النبيِّ ﷺ : « مَطْلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ » . مُتَّفَقٌ عليه[1] . فإن أبَى ، فله حَبْسُه ؛ لقَوْلِ النبيِّ ﷺ : « لَيُّ الواجِدِ يُحِلُّ عُقُوبَتَه وعِرْضَهُ » . مِن « المُسْنَدِ »[2] . فإن لم يَقْضِه ، باع الحاكِمُ مالَه ، وقضَى دَيْنَه ؛ لِما رُوِىَ أنَّ عُمَرَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، قال : ألا[3] إنَّ أُسَيْفِعَ جُهَيْنَةَ رَضِىَ مِن دِينِه [4]وأمَانَتِه[4] ، بأن يُقالَ :

---

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب فى الحوالة وهل يرجع فى الحوالة ، وباب إذا أحال على ملى فليس له رد ، من كتاب الحوالات ، وفى : باب مطل الغنى ظلم ، من كتاب الاستقراض . صحيح البخارى ٣/ ١٢٣، ١٥٥. ومسلم ، فى : باب تحريم مطل الغنى وصحة الحوالة ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/ ١١٩٧.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى المطل ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/ ٢٢٢. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى مطل الغنى أنه ظلم ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٦/ ٤٤. والنسائى ، فى : باب مطل الغنى ، وباب الحوالة ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٧٨، ٢٧٩. وابن ماجه ، فى : باب الحوالة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢/ ٨٠٣. والدارمى ، فى : باب فى مطل الغنى ظلم ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/ ٢٦١. والإمام مالك ، فى : باب جامع الدين والحول ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/ ٦٧٤. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٧١، ٢٤٥، ٢٥٤، ٢٦٠، ٣١٥، ٣٧٧، ٣٨٠، ٤٦٤، ٤٦٥.

(٢) المسند ٤/ ٢٢٢، ٣٨٨، ٣٨٩.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الحبس بالدين وغيره ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢/ ٢٨٢. والنسائى ، فى : باب مطل الغنى ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٧٨. وابن ماجه ، فى : باب الحبس فى الدين والملازمة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢/ ٨١١. وعلقه البخارى ، فى : باب لصاحب الحق مقال ، من كتاب الاستقراض . صحيح البخارى ٣/ ١٥٥. وحسنه فى الإرواء ٥/ ٢٥٩، ٢٦٠.

(٣) سقط من : م .

(٤ - ٤) زيادة من : م .

سَبَق[1] الحاجَّ. فادّانَ مُعْرِضًا، [2]فمَن كان له عليه[2] مالٌ فلْيَحْضُرْ، فإنَّا بائِعُو مَالِه وقاسِمُوه بينَ غُرَمائِه. [3]رَواه مالكٌ فى الموطَّأ بنحوِه[3]. فإن غَيَّبَ مالَه، حَبَسَه وعزَّرَه حتى يُظْهِرَه، ولا يجوزُ الحَجْرُ عليه مع إمْكانِ الوَفاءِ؛ لعَدَمِ الحاجَةِ إليه. وإن تعَذَّرَ الوَفاءُ، وخِيفَ [4]مِن تَصَرُّفِه[4] فى مالِه، حُجِرَ عليه إذا طَلَبَه الغُرَماءُ؛ لِئَلَّا يَدْخُلَ الضَّرَرُ عليهم.

فصل: فإنِ ادَّعَى الإعْسارَ مَن لم يُعْرَفْ له مالٌ، فالقَوْلُ قَوْلُه مع يَمِينِه؛ لأنَّ الأَصْلَ عدَمُه. وإن عُرِف له مالٌ، أو كان الحقُّ لَزِمَه فى مُقابَلَةِ مالٍ، كثَمَنِ مَبِيعٍ، أو قَرْضٍ، لم يُقْبَلْ قَوْلُه إلَّا ببيِّنَةٍ؛ لأنَّ الأَصْلَ بَقاءُ المالِ، ويُحْبَسُ حتى يُقِيمَ البَيِّنَةَ. فإن قال: غَرِيمِى يَعْلَمُ إعْسارِى. فعلى غَرِيمِه اليَمِينُ أنَّه[5] لا يعلَمُ ذلك. وإن أقامَ البَيِّنَةَ على تَلَفِ المالِ، فعليه اليَمِينُ معها أنَّه مُعْسِرٌ؛ لأنَّه صار بهذه البَيِّنَةِ كمَن لم[6] يُعْرَفْ له مالٌ. وإن شَهِدَت بإعْسارِه، فادَّعَى غَرِيمُه أنَّ له مَالًا باطِنًا، لم يَلْزَمْه يَمِينٌ؛ لأنَّه أقامَ البَيِّنَةَ على ما ادَّعَى، وتُسْمَعُ البَيِّنَةُ على التَّلَفِ وإن لم يكنْ ذا خِبْرَةٍ

---

(١) فى النسخ عدا م: «سابق».

(٢ - ٢) فى النسخ عدا م: «فمن له».

(٣ - ٣) سقط من: م.

والحديث أخرجه مالك، فى: باب جامع القضاء وكراهيته، من كتاب الوصية. الموطأ ٢/ ٧٧٠.

كما أخرجه البيهقى، فى: السنن الكبرى ٦/ ٤٩.

(٤ - ٤) فى س ٢: «ما يصرفه».

(٥) فى م: «لأنه».

(٦) سقط من: الأصل.

باطِنَةٍ ؛ لأنَّه أمْرٌ يُعْرَفُ[(1)] بالمُشاهَدَةِ ، ولا تُسْمَعُ على الإعْسارِ [(2)] إلَّا مِن أهْلِ الخِبْرَةِ بحالِه [(2)] ؛ لأنَّه مِن الأُمورِ الباطِنَةِ .

فإن كان فى يَدِه مالٌ ، فأقَرَّ به لغيرِه ، سُئِلَ المُقَرُّ له ، فإن كذَّبَه ، بِيعَ فى الدَّيْنِ ، وإن صَدَّقَه ، سُلِّمَ إليه . فإن قال الغَرِيمُ : أَحْلِفُوه أنَّه صادِقٌ . لم يُسْتَحْلَفْ ؛ [١٦٧ظ] لأنَّه لو رَجَع عن الإقْرارِ ، لم يُقْبَلْ منه . وإن طَلَب[(3)] يمِينَ المُقَرِّ [(4)] له ، أحْلَفْناه [(4)] ؛ لأنَّه لو رَجَع قُبِلَ رُجُوعُه .

فصل : فإن كان مالُه لا يَفِى بدَيْنِه ، فسَأَل غُرَماؤُه الحاكِمَ الحَجْرَ عليه ، لَزِمَتْه إجابَتُهم ؛ لِما رَوَى كَعْبُ بنُ مالِكٍ أنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ حَجَر على مُعَاذٍ وباع مالَه . [(5)] رَواه سعيدُ بنُ منصورٍ بنحوِه عن عبدِ الرحمنِ بنِ كعبِ بنِ مالكٍ [(5)] . ولأنَّ فيه دَفْعًا [(6)] للضَّرَرِ عن الغُرَمَاءِ [(6)] ، فلَزِم ذلك ،

---

(١) فى س ٢ : « يعترف » .

(٢ - ٢) فى الأصل : « لأن » .

(٣) فى م : « طلق » .

(٤ - ٤) سقط من : م .

(٥ - ٥) سقط من : م .

والحديث أخرجه الطبرانى ، فى : الأوسط ٦/ ٤٣٧. والدارقطنى ، فى : سننه ٤/ ٢٣١. والحاكم ، فى : المستدرك ٢/ ٥٨. والعقيلى ، فى : الضعفاء الكبير ١/ ٦٨. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٦/ ٤٨. كلهم عن كعب بن مالك موصولا . وقال الطبرانى : لم يروِ هذا الحديث موصولا عن معمر إلا هشام بن يوسف ، تفرد به إبراهيم بن معاوية .

كما أخرجه أبو داود عن عبد الرحمن بن كعب مرسلا . انظر : باب ما جاء فى التجارة ، من كتاب البيوع . المراسيل ١٣١.

وانظر : التلخيص الحبير ٣/ ٣٧، الإرواء ٥/ ٢٦٠ - ٢٦٢.

(٦ - ٦) فى س ٢ : « عن الضرر للغرماء » .

كقَضائِهم .

ويُسْتَحَبُّ الإشْهادُ على الحَجْرِ ؛ ليَعْلَمَ الناسُ حَالَه ، فلا يُعَامِلُوه إلَّا على بَصِيرَةٍ .

ويتعَلَّقُ بالحَجْرِ عليه أرْبعَةُ[١] أحْكامٍ ؛ أحدُها ، مَنْعُ تصَرُّفِه فى مَالِه ، فلا يَصِحُّ بَيْعُه له[٢] ، ولا هِبَتُه ، ولا وَقْفُه ، ولا غيرُ ذلك ؛ لأنَّه حَجْرٌ ثَبَت بالحاكِمِ ، فمَنَع تصَرُّفَه ، كالحَجْرِ للسَّفَهِ . وفى العِتْقِ رِوايَتانِ ؛ إحْداهما ، لا يَصِحُّ ؛ لذلك ، ولأنَّ حقَّ الغُرَمَاءِ تعَلَّقَ بمالِه ، فمَنَع صِحَّةَ عِتْقِه ، كما لو كان مَرِيضًا . والثانيةُ ، يَصِحُّ ؛ لأنَّه عِتْقٌ مِن مالِكٍ رَشِيدٍ صحيحٍ ، أشْبَهَ عِتْقَ الرّاهِنِ . وإن أقَرَّ بدَيْنٍ ، أو عَيْنٍ فى يَدِه ، كالقَصَّارِ[٣] والحائِكِ يُقِرُّ بثَوْبٍ ، لم يُقْبَلْ إقْرارُه ؛ لذلك ، ويَلْزَمُ فى حقِّه ؛ يُتْبَعُ به بعدَ فَكِّ الحَجْرِ عنه ، وإن توَجَّهَت عليه يَمِينٌ فنَكَل عنها ، فهو كإقْرارِه .

وإن تصَرَّفَ فى ذِمَّتِه بشِراءٍ ، أو اقْتِراضٍ ، أو ضَمانٍ ، أو كَفالَةٍ ، صَحَّ ؛ لأنَّه أهْلٌ للتَّصَرُّفِ ، والحَجْرُ إنَّما تعَلَّقَ بمَالِه دُونَ ذِمَّتِه . ولا يُشارِكُ أصْحَابُ هذه الدُّيونِ الغُرَمَاءَ ؛ لأنَّ مَن عَلِم منهم بفَلَسِه فقد رَضِىَ بذلك ، ومَن لم يَعْلَمْ ، فهو مُفَرِّطٌ . ويَتْبَعُونه بعدَ فَكِّ الحَجْرِ عنه ، [٤]كالمُقَرِّ له[٤] . وهل للبائعِ والمُقْرِضِ الرُّجوعُ فى أعْيانِ أمْوالِهما إن وجَداها ؟ على

---

(١) فى س ٢: «ثلاثة».

(٢) سقط من : م .

(٣) القصار : من يدق الثياب ويبيضها .

(٤ - ٤) سقط من : م .

وَجْهَيْنْ ؛ أحدُهما ، لهما ذلك ؛ للخَبَرِ ، ولأنَّه باعَه فى وَقْتِ الفَسْخِ ، فلم يَسْقُطْ حقُّه منه ، كما لو تَزَوَّجَتِ المرأةُ مُعْسِرًا بنَفَقَتِها . والثانى ، لا فَسْخَ لهما ؛ لأنَّهما دَخَلا على بَصِيرَةٍ بخَرابِ الذِّمَّةِ ، أشْبَهَا مَن اشْتَرَى مَعِيبًا[(١)] يَعْلَمُ عَيْبَه .

وإن جَنَى المُفْلِسُ جِنايَةً تُوجِبُ مالًا ، لَزِمَه ، وشارَكَ صاحِبُه الغُرَمَاءَ ؛ لأنَّه حَقٌّ ثَبَت بغيرِ رِضَا مُسْتَحِقِّه ، فوَجَب قَضاؤُه مِن المالِ ، [(٢)] كجنايةِ عبدِه[(٢)] . وإن ثَبَت عليه حَقٌّ بسببٍ قبلَ الفَلَسِ ببَيِّنَةٍ ، شارَكَ صاحِبُه الغُرَماءَ ؛ لأنَّه غَرِيمٌ قَدِيمٌ ، فهو كغيرِه .

فصل : الحُكْمُ الثانى ، أنَّه يتَعَلَّقُ حُقُوقُ الغُرَماءِ بعَيْنِ مالِه ، فليس لبَعْضِهم[(٣)] الاخْتِصَاصُ بشىءٍ منه سِوَى ما سنَذْكُرُه . ولو قَضَى المُفْلِسُ أو الحاكِمُ بعضَهم وحدَه ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّهم[(٤)] شُرَكاؤُه ، فلم يَجُزِ اخْتِصاصُه دُونَهم .

ولو جُنِىَ عليه جِنايَةٌ أوْجَبَتْ مالًا ، أو وَرِثَ مالًا ، تعَلَّقَت حُقُوقُهم به . وإن أوْجَبَتْ قِصاصًا ، لم يَمْلِكُوا إجْبارَه على العَفْوِ إلى مالٍ ؛ لأنَّ فيه ضَرَرًا بتَفْوِيتِ القِصاصِ الواجِبِ لحِكْمَةِ الإحْياءِ . ولا يُجْبَرُ على قَبُولِ هِبَةٍ ، ولا صَدَقَةٍ ، ولا قَرْضٍ عُرِض عليه ، ولا المرْأَةُ على التَّزَوُّجِ ؛ لأنَّ فيه

---

(١) بعده فى م : « لم » .
(٢ - ٢) سقط من : م .
(٣) فى الأصل : « لأحدهم » .
(٤) فى م : « لأنه » .

ضَرَرًا بلُحُوقِ المِنَّةِ ، أو[1] التَّزَوُّجِ مِن غيرِ رَغْبَةٍ . ولو باع بشَرْطِ الخِيارِ ، لم يُجْبَرْ على ما فيه الحَظُّ مِن رَدٍّ أو إمْضَاءٍ ؛ لأَنَّ الفَلَسَ يَمْنَعُه إحْداثَ العُقُودِ ، لا إمْضاءَها ، وليس للغُرَمَاءِ الاختِيارُ[2] ؛ لأنَّ الخِيارَ لم يُشْرَطْ لهم . وإن وُهِبَ هِبَةً بشَرْطِ الثَّوابِ ، لَزِم قَبُولُه ؛ لأنَّه عِوَضٌ عن مالٍ ، فلَزِمَه قَبُولُه ، كثَمَنِ المَبِيعِ . ولا يَمْلِكُ إسْقاطَ ثَمَنِ مَبِيعٍ ، ولا أُجْرَةٍ ، ولا أخْذَه رَدِيئًا ، ولا قَبْضَ المُسْلَمِ فيه دُونَ صِفَتِه ، إلَّا بإذْنِ الغُرَمَاءِ ؛ [١٦٨و] لِما ذَكَرْناه .

وإنِ ادَّعَى مالًا له به شاهِدٌ ، حَلَف وثَبَت المالُ ، وتعَلَّقَتْ حُقُوقُهم به[3] ، وإن نَكَل لم يَكنْ للغُرَماءِ أن يَحْلِفُوا ؛ لأَنَّ دَعْواهم لهذا المالِ غيرُ مَسْمُوعَةٍ ، فلا تَثْبُتُ بأيْمانِهم ، كالأجانِبِ ، ولأنَّهم لو حَلَفوا لحَلَفُوا على إثْباتِ مالٍ لغيرِهم . وكذلك الحُكْمُ فى غُرَماءِ المَيِّتِ إذا لم يَحْلِفِ الوارِثُ ، لم يَحْلِفُوا ؛ لِما ذَكَرْنا .

فصل : الحُكْمُ الثالثُ ، أنَّ للحاكمِ بَيْعَ مالِه ، وقَضاءَ دَيْنِه . ويُسْتَحَبُّ أن يُحْضِرَه عندَ البيعِ ؛ لأنَّه أعْرَفُ بثَمَنِ مَالِه ، وجَيِّدِه ورَدِيئِه ، فيتَكَلَّمُ عليه وهو أطْيَبُ لقَلْبِه ، ويُحْضِرَ الغُرَمَاءَ ؛ لأنَّه أبْعَدُ [4]مِن التُّهْمَةِ[4] ، ورُبَّما رَغِب بعْضُهم فى شِراءِ شىءٍ ، فزاد فى ثَمَنِه ، أو وَجَد عَيْنَ مالِه فأخَذَها . فإن لم يَفْعَلْ ، جاز ؛ لأنَّ ذلك مَوْكُولٌ إليه .

---

(١) فى م : « و » .

(٢) فى م : « الخيار » .

(٣) سقط من : م .

(٤ - ٤) فى ف : « للتهمة » .

ويُقِيمُ مُنَادِيًا يُنادِى على المَتَاعِ ، فإن عَيَّنَ الغُرَماءُ و[1] المُفْلِسُ مُنادِيًا ثِقَةً ، أمْضاه الحاكِمُ ، وإن لم يكنْ ثِقَةً ، رَدَّه[2] ؛ لأنَّ للحاكِمِ نَظَرًا ، فإنَّه رُبَّما ظَهَرَ غَرِيمٌ آخَرُ. وإنِ اخْتَلفُوا فى المُنادِى ، قَدَّمَ الحاكِمُ أوْثَقَهما وأعْرَفَهما . فإن تطَوَّعَ بالنِّداءِ ثِقَةٌ ، لم يَسْتَأْجِرْ ؛ لأنَّ فيه بَذْلَ الأُجْرَةِ مِن غيرِ حاجَةٍ ، وإن عُدِمَ ، بُذِلَتِ الأُجْرَةُ مِن مالِ المُفْلِسِ ؛ لأنَّ البَيْعَ حَقٌّ عليه ، ويُقَدَّمُ على الغُرَماءِ بها ؛ لأنه لو لم يُعْطَ ، لم يُنادِ . وكذلك أُجْرَةُ مَن يَحْفَظُ المَتاعَ والثَّمَنَ ويَحْمِلُه .

ويُباعُ كلُّ شيءٍ فى سُوقِه ؛ لأنَّ أهلَ السُّوقِ أعْرَفُ بقِيمَةِ المَتاعِ وأرْغَبُ ، وطُلَّابَه فيه أكْثَرُ . فإن باعَه فى غيرِه بثَمَنِ مثلِه ، جاز ؛ لأنَّه رُبَّما أدَّاه اجْتِهادُه إلى ذلك لمَصْلَحَةٍ فيه .

ويَبْدَأُ ببَيْعِ ما يُسْرِعُ إليه الفَسَادُ ؛ لأَنَّ فى تأْخِيرِه هَلاكَه ، ثم بالحَيَوانِ ؛ لأنَّه يحْتاجُ إلى العَلْفِ ، ويُخْشَى عليه التَّلَفُ ، ثم بالأثاثِ ؛ لأنَّه يُخْشَى تَلفُه ، وتَنالُه اليَدُ ، ثم بالعَقَارِ ؛ لأنَّه أبْعَدُ تَلَفًا ، وتأْخِيرُه أكْثَرُ لطالِبِيه[3] ، فيَزْدادُ ثمَنُه .

ومَن وَجَد مِن الغُرَماءِ عَيْنَ مَالِه ، فهو أحَقُّ بها . ومَن اكْتَرَى مِن المُفْلِسِ دارًا ، أو ظَهْرًا بعَيْنِه قبلَ الحَجْرِ عليه ، فهو أحَقُّ به ؛ لأنَّه اسْتَحَقَّ عَيْنَه قبلَ إفْلَاسِه ، فأشْبَهَ ما لو اشْتَرى منه عَبْدًا . وإنِ اكْتَرَى منه ظَهْرًا فى

---

(١) فى م : « أو » .

(٢) بعده فى ف : « الحاكم » .

(٣) فى م : « لمطالبته » .

الذِّمَّةِ ، فهو أُسْوَةُ الغُرَماءِ[1] ؛ لأنَّ دَيْنَه فى الذِّمَّةِ ، أَشْبَهَ سائرَ الغُرَمَاءِ .

وإن كان فى المَتاعِ رَهْنٌ ، أو جانٍ ، قُدِّم المُرْتَهِنُ[2] والمجْنِىُّ عليه بثَمَنِه ؛ لأنَّ المُرْتَهِنَ لم يَرْضَ بمُجَرَّدِ الذِّمَّةِ ، بخِلافِ سائرِ الغُرَماءِ ، وحَقُّ المجْنِىِّ عليه يُقَدَّمُ على حقِّ المُرْتَهِنِ ، فعلى غيرِه أوْلَى . وإن فَضَل منه فَضْلٌ ، رَدَّه على التَّرِكَةِ ، وإنْ لم يَفِ بحقِّهما ، فلا شىءَ للمَجْنِىِّ عليه ؛ لأنَّه لا حَقَّ له فى غيرِ الجانِى ، ويَضْرِبُ المُرْتَهِنُ مع الغُرَماءِ ببَاقِى دَيْنِه ؛ لأنَّ حقَّه مُتَعَلِّقٌ بالذِّمَّةِ مع تَعَلُّقِه بالعَيْنِ .

وإن بِيعَ له مَتاعٌ ، فهَلَك ثَمنُه ، و[3]اسْتُحِقَّ المَبِيعُ ، رَجَع المُشْتَرِى بثَمَنِه . وهل يُقَدَّمُ على الغُرَماءِ؟ فيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يُقَدَّمُ ؛ لأنَّ فى تقْدِيمِه مَصْلَحَةً ، فإنَّه لو لم يُقَدَّمْ ، تَجَنَّبَ الناسُ شِراءَ مالِه ؛ خَوْفًا مِن الاسْتِحْقاقِ ، فيَقِلُّ ثَمنُه ، فقُدِّمَ به ، كأُجْرَةِ المُنادِى . والثانى ، لا يُقدَّمُ ؛ لأنَّه حقٌّ لَزِمَه بغيرِ رِضَا صاحبِه ، أَشْبَهَ أَرْشَ جِنايَتِه .

ثم يَقْسِمُ ما اجْتَمَعَ مِن مالِه بينَ الغُرَماءِ على قَدْرِ دُيونِهم ، فإنْ ظَهَر غَرِيمٌ بعدَ القِسْمَةِ ، نُقِضَتْ وشارَكَهم ؛ لأنَّه غَرِيمٌ لو كان حاضِرًا لشارَكَهم ، فإذا ظَهَر بعدَ ذلك ، قاسَمَهم ، كما لو ظَهَر للمَيِّتِ غَرِيمٌ بعدَ قَسْمِ مالِه . وإن أكْرَى[4] دارَه عامًا ، وقبَضَ أُجْرَتَها فقُسِمَت ، ثم انْهَدَمَتِ

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى م : « الراهن » .

(٣) فى م : « أو » .

(٤) فى م : « كرى » .

الدارُ ، رَجَع المُكْتَرِى على المُفْلِسِ بأُجْرَةِ ما بَقِىَ ، وشارَكَهم فيما اقْتَسَمُوه ؛ لأنَّه [١٦٨ظ] دَيْنٌ وَجَب بسببٍ قبلَ الحَجْرِ ، فشارَكَ به الغُرَماءَ ، كما لو انْهدمَت قبلَ القِسْمَةِ .

فصل : الحُكْمُ الرابِعُ ، أنَّ مَن وَجَد عَيْنَ مالِه عندَه ، فهو أحَقُّ بها ؛ لِما رَوى أبو هُرَيْرَةَ أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « مَن وَجَد مَتاعَه بِعَيْنِه عندَ إنسانٍ قد أفْلَسَ ، فهو أحَقُّ به » . مُتَّفَقٌ عليه[١] .

وله الخِيارُ بينَ أخْذِه ، أو تَرْكِه وله أُسْوَةُ الغُرَماءِ ، سَواءٌ كانتِ السِّلْعَةُ مُساوِيَةً لثَمَنِها أو أقَلَّ أو أكْثَرَ ؛ لأنَّ الإعْسارَ سببٌ[٢] للفَسْخِ ، فلا يُوجِبُه ، كالعَيْبِ ، ولا يَفْتَقِرُ إلى حاكمٍ ؛ للخَبَرِ ، ولأنَّه فَسْخٌ ثبَتَ بنَصِّ السُّنَّةِ ، فلم يَفْتَقِرْ إلى حاكمٍ ، كفَسْخِ النِّكاحِ بالعِتْقِ تحتَ العَبْدِ . وفيه وَجْهان ؛

---

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب إذا وجد ماله عند مفلس ...، من كتاب الاستقراض . صحيح البخارى ٣/ ١٥٥، ١٥٦. ومسلم ، فى : باب من أدرك ما باعه عند المشترى وقد أفلس ...، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/ ١١٩٣.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢/ ٢٥٧. والترمذى ، فى : باب ما جاء إذا أفلس وللرجل غريم فيجد عنده متاعه ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٢٦٦. والنسائى ، فى : باب الرجل يبتاع البيع فيفلس ، ويوجد المتاع بعينه ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٧٤. وابن ماجه ، فى : باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٩٠. والدارمى ، فى : باب فى من وجد متاعه عند المفلس ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/ ٢٦٢. والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى إفلاس الغريم ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/ ٦٧٨. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٢٢٨، ٢٥٨، ٣٤٧، ٤٧٤.

(٢) فى م : « ثبت » .

أحدُهما ، أنَّ الخِيارَ على التَّراخِي ؛ لأنَّه رُجُوعٌ لا يَسْقُطُ إلى عِوَضٍ ، فكانَ على التّراخِي ، كالرُّجوعِ فى الهِبَةِ . والثانى ، هو على الفَوْرِ . اخْتارَه القاضِي ؛ لأنَّ فى تأْخِيرِه إضْرارًا بالغُرَمَاءِ ، لتأْخِيرِ حُقُوقِهم ، ولأنَّه خِيارٌ ثَبَت فى المبيعِ[1] لنَقْصٍ فى العِوَضِ ، أشْبَهَ الرَّدَّ بالعَيْبِ . فإنْ حَكَم حاكِمٌ بسُقوطِ الخِيارِ فقال أحمدُ : يُنْقَضُ حُكْمُه ؛ لأنَّه يُخالفُ صَرِيحَ السُّنَّةِ . ويَحْتَمِلُ أن لا يُنْقَضَ ؛ لأنَّه مُخْتَلَفٌ فيه .

ولو بَذَل الغُرَماءُ لصاحِبِ السِّلْعَةِ ثمَنَها ليَتْرُكَها ، لم يلْزَمْه قَبُولُه ؛ للخَبَرِ ، ولأنَّه تَبرُّعٌ بدَفْعِ الحقِّ [2]مِن غيرِ[2] مَن هو عليه ، فلم يُجْبَرِ المُسْتَحِقُّ على قَبُولِه ، كما لو أعْسَرَ بنَفَقَةِ زَوْجَتِه فبَذَلَها غيرُه . وسَواءٌ مَلَكَها المُفْلِسُ ببَيْعٍ أو قَرْضٍ ؛ لعُمومِ الخَبَرِ . ولو أصْدَقَ امْرَأةً مالًا وأفْلَسَت قبلَ دُخُولِه بها ، ثم ارْتَدَّتْ ، أو طَلَّقَها ، ووَجَد عَيْنَ مالِه ، فهو أحَقُّ بها .

ولو اسْتَأْجَرَ شيئًا فأفْلَسَ قبلَ مُضِيِّ [3]شيءٍ مِن[3] المُدَّةِ ، فللمُؤْجِرِ الرُّجوعُ فيه ؛ لأنَّه وَجَد[4] عَيْنَ مَالِه . وإن كانَ بعدَ مُضِيِّ المُدَّةِ ، فهو غَرِيمٌ بالأُجْرَةِ . وإن كانَ بعدَ مُضِيِّ شيءٍ منها ، فهو غَرِيمٌ ؛ لأنَّ المُدَّةَ كالمَبِيعِ[5] ، ومُضِيُّ بعضِها كتَلَفِ بعْضِه . وقال القاضى : له الفَسْخُ . فإن كان

---

(١) فى م : « البيع » .

(٢ - ٢) فى الأصل : « بغير » .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) فى الأصل : « كالبيع » .

للمُفْلِسِ زَرْعٌ ، فعليه تَبْقِيَتُهُ بأُجْرَةِ مثلِه .

فصل : ولا يَمْلِكُ الرُّجوعَ إلَّا بشُروطٍ خَمْسَةٍ ؛ أحدُها ، أن يَجِدَها سالمةً ، فإن تَلِف بعضُها ، أو باعَه المُفْلِسُ ، أو وَهَبَه[1] ، أو وَقَفَه ، فله أُسْوَةُ الغُرَمَاءِ ؛ لقولِه عليه الصلاةُ والسَّلامُ : « مَن أدْرَكَ مَتاعَه بعَيْنِه ، فهو أحَقُّ بِهِ »[2] . والذى تَلِف بعضُه[3] لم تُوجَدْ عَيْنُه . فإن كان المَبِيعُ عَبْدَيْنِ ، أو ثَوْبَيْنِ ، فتَلِفَ أحدُهما أو بعضُه ، ففى السّالمِ منهما رِوايَتان ؛ إحْداهما ، له الرُّجوعُ فيه بقِسْطِه ؛ لأنَّه وجَدَه بعَيْنِه . والثانى ، لا يَرْجِعُ ؛ لأنَّه لم يَجِدِ المَبِيعَ بعَيْنِه ، أشْبَهَ العَيْنَ الواحِدَةَ . وإنْ كانَ المَبِيعُ شجَرَةً مُثْمِرَةً[4] ، فتَلِفَتْ ثَمرَتُها ، فله أُسْوَةُ الغُرَمَاءِ ؛ لأنَّهما كالعَيْنِ الواحِدَةِ ، إلَّا أن تكونَ الثَّمَرَةُ مُؤَبَّرَةً حينَ البَيْعِ ، فاشْتَرَطَها المُبْتاعُ ، فهما كالعَيْنَيْنِ ؛ لأنَّ الثَّمَرَةَ لا تَتْبَعُ الأصْلَ ، فهى كالوَلَدِ المُنْفَصِلِ .

وإن نَقَص المَبِيعُ صِفَةً ، مثلَ أن هُزِلَ ، أو نَسِىَ صِناعَةً ، أو كَبِرَ ، أو كان ثَوْبًا فخَلُقَ ، لم يَمْنَعِ الرُّجوعَ ؛ لأنَّ فَقْدَ الصِّفَةِ لا يُخْرِجُه عن كَوْنِه عَيْنَ المالِ ، فيتَخَيَّرُ بينَ أخْذِه ناقِصًا ، أو يكون أُسْوَةَ الغُرَماءِ بكلِّ الثَّمَنِ . وإن فُقِئَت عَيْنُه ، فهو كتَلَفِ بعْضِه . وإن شُجَّ ، أو جُرِحَ ، أو افْتُضَّتِ البِكْرُ ، فكذلك فى قَوْلِ أبى بَكْرٍ ؛ لأنَّه نَقْصُ جُزْءٍ يَنْقُصُ قِيمَتَه ، فأَشْبَهَ ما لو فُقِئَتْ عَيْنُه . وقالَ القاضى : قِياسُ المَذْهَبِ أنَّ له الرُّجوعَ ؛ لأنَّه فَقْدُ

---

(١) فى ب : « رهنه » .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٣٥ .

(٣) بعده فى الأصل : « و » .

(٤) فى س ٢ : « واحدة » .

صِفَةٍ ، فهو كالهُزالِ . [١٦٩و] ثم إن كان لا أَرْشَ له ؛ لكَوْنِه حصَلَ بفِعلِ اللَّهِ تعالى ، أو فِعْلِ المُفْلِسِ ، فلا شيءَ للبائعِ مع الرُّجوعِ ، وإن كان له أَرْشٌ ، فللبائعِ إذا رَجَع أن يَضْرِبَ مع الغُرَماءِ بحِصَّةِ ما نَقَص مِن ثَمَنِه ، فينْظرُ ما نَقَص مِن قِيمَتِه ، فيَرْجِعُ بقِسْطِه مِن الثَّمَنِ ؛ لأنَّه مَضْمُونٌ على المُشْتَرِى للبائعِ بالثَّمَنِ ، والأَرْشُ للمُفْلِسِ على الجانِى .

فصل : فإن كان المَبِيعُ زَيْتًا ، فخَلَطَه بزَيْتٍ آخرَ ، أو لَتَّ به سَوِيقًا ، أو صِبْغًا فصبَغَ به ثَوْبًا ، أو مَسامِيرَ فسَمَّرَ بها بابًا ، أو حَجَرًا فبَنَى به ، أو لَوْحًا فجَعَلَه فى سَفِينَةٍ أو سَقْفٍ ، أو نحو ذلك ، لم يكنْ له الرُّجُوعُ ؛ لأنَّه لا يَقْدِرُ على أخْذِ عَيْنِ مالِه فى بَعْضِ الصُّوَرِ ، ولا يَقْدِرُ فى بَعْضِها إلَّا بإتْلافِ مالِ المُفْلِسِ ، ولا يُزَالُ الضَّرَرُ بالضَّرَرِ . وإن كانَت حِنْطَةً ، فطَحَنَها أو زَرَعَها ، أو دَقِيقًا فخَبَزَه ، أو زَيْتًا فعَمِلَه صَابُونًا ، أو غَزْلًا فنَسَجَه ، أو ثَوْبًا فجَعَلَه قَمِيصًا ، أو حَبًّا فصار زَرْعًا ، أو بَيْضًا فصار فَرْخًا ، أو نَوًى فنبَت شجَرًا ، أو نحوَه ممَّا يُزِيلُ اسْمَه ، فلا رُجوعَ له ؛ لأنَّه لم يَجِدْ مَتاعَه بعينِه ؛ لتعَذُّرِ اسْمِه وصِفَتِه .

فصل : وإنِ اشْتَرَى ثَوْبًا فصَبَغَه أو قَصَرَه ، أو سَوِيقًا فلَتَّه بزَيْتٍ ، فلِصاحِبِهما الرُّجُوعُ فيهما[١] ؛ لأنَّ عَيْنَ مالِهما قائمةٌ مُشاهَدَةٌ ، لم يتَغَيَّرِ اسْمُها ولا صِفَتُها ، ويَصِيرُ المُفْلِسُ شَرِيكَهما بما زادَ عن قِيمَتِهما[٢] ؛ لأنَّ ما حَصَل مِن زِيادَةِ القِيمَةِ بالصِّبْغِ وغيرِه ، فهى للمُفْلِسِ ؛ لأنَّها حَصَلَت بفِعْلِه

---

(١) فى س ١، س ٢، ب : « فيها » .

(٢) فى الأصل : « قيمتها » .

فى مِلْكِه. وإنْ نقصَ الثوبُ، لم يَمْنَعِ الرُّجُوعَ؛ لأنَّه نَقْصُ صِفَةٍ، فهو كالهُزَالِ. وإنْ لم يَزِدْ بالقِصَارَةِ، سَقَطَ حُكْمُها؛ لعَدَمِ أثرِها فى الزِّيادَةِ.

وإنِ اشْتَرى أرْضًا فزرَعَها، ثم أفْلَس، فللبائعِ الرُّجوعُ فيها؛ لِما ذكَرْنا، ويكونُ الزَّرعُ[1] مُبْقًى إلى الحَصادِ بغيرِ أُجْرَةٍ؛ لأنَّ العِوَضَ فى مُقابَلَةِ الأرْضِ، لا فى مُقابَلَةِ المَنْفَعَةِ، فإذا فَسَخ، عادَت إليه الرَّقَبَةُ دُونَ المَنْفَعَةِ المُسْتَثْناةِ شَرْعًا، كما لو باعَه أمَةً فزَوَّجَها، ثم رَجَع فيها دُونَ مَنْفَعَةِ بُضْعِها[2].

فصل: الشَّرْطُ الثانى، أن لا يكونَ البائعُ قَبَضَ مِن ثَمَنِهَا شيئًا، فإنْ قَبَضَ بعضَه، فلا رُجُوعَ له؛ لِما روَى أبو هُرَيْرَةَ عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال: «أيُّمَا رَجُلٍ باع سِلْعَةً، فأدْرَكَ سِلْعَتَه بعَيْنِها عندَ رجلٍ قد أفْلَسَ، ولم يَكُنْ قَبَضَ مِن ثَمَنِهَا شيئًا، فهى له، وإن كان قد قَبَض مِن ثَمَنِها شيئًا، فهو أُسْوَةُ الغُرَماءِ». رَواه أبو داودَ[3]. ولأنَّ فى الرُّجُوعِ بالباقى تَبْعِيضَ الصَّفْقَةِ على المُفْلِسِ، فلم يَجُزْ، كما لو لم يَقْبِضْ شيئًا[4].

---

(١) سقط من: م.

(٢) فى الأصل: «بعضها».

(٣) فى: باب فى الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده، من كتاب الإجارة. سنن أبى داود ٢/ ٢٥٧.

كما أخرجه ابن ماجه، فى: باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس، من كتاب الأحكام. سنن ابن ماجه ٢/ ٧٩٠. والدارقطنى، فى: كتاب البيوع. سنن الدارقطنى ٣/ ٢٩، ٣٠.

(٤) سقط من: م.

فصل : الشَّرْطُ الثالثُ ، أن لا يتعلَّقَ بها حقٌّ غيرِ المُفْلِسِ ، فإن خَرَجَت عن مِلْكِه ببَيْعٍ أو غيرِه ، لم يَرْجِعْ ؛ لأنَّه تعلَّقَ بها حَقُّ غيرِه ، أشْبَهَ ما لو أعْتَقَها . وإن رَهَنَها ، سَقَط الرُّجوعُ ؛ لذلك . وإن تعَلَّقَ بها أَرْشُ[1] جنايَةٍ ، سَقَط الرُّجوعُ ؛ لأنَّه يُقَدَّمُ على حَقِّ المُرْتَهِنِ ، فهو أوْلَى بالمَنْعِ . ويتوَجَّهُ أن لا يَمْنَعَ ؛ لأنَّه لا يَمْنَعُ تصَرُّفَ المُشْتَرِى ، بخِلافِ الرَّهْنِ . فعلى هذا ، إن شاء رَجَع فيها[2] ناقصةً بعَيْبِ الجِنايَةِ ، وإن شاء فله أُسْوَةُ الغُرَماءِ ، فإن كان دَيْنُ الرَّهْنِ[3] أو أَرْشُ الجِنايَةِ بقَدْرِ بَعْضِه ، مَنَع الرُّجوعَ فى الجميعِ ؛ لأنَّه مَعْنًى مَنَع الرُّجُوعَ فى بعضِها ، فمنَعَه فى جَميعِها ، كبَيْعِ بَعْضِها . وقال القاضى : يَرْجِعُ فى باقِيها بقِسْطِه ؛ لأنَّه لا مانِعَ فيه .

وإن كان المَبِيعُ شِقْصًا مَشْفُوعًا ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، للبائعِ الرُّجوعُ . [١٦٩ظ] اخْتارَه ابنُ حامِدٍ ؛ للخَبَرِ ، ولأنَّه إذا رَجَع فيه ، عاد الشِّقْصُ إليه ، فزال الضَّرَرُ عن[4] الشَّفيعِ[5] ؛ لعَدَمِ شِرْكِه غيرَ البائعِ . والثانى ، الشَّفِيعُ أحَقُّ ؛ لأنَّ حقَّه آكَدُ ، بدَليلِ أنَّه يَنْتَزِعُ الشِّقْصَ مِن المُشْتَرِى ، ومِمَّن نقَلَه إليه المُشْتَرِى ، بخِلافِ البائعِ . وإن باعَه المُفْلِسُ أو وَهَبَه ، ثم عاد إليه ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، له الرُّجُوعُ ؛ للخَبَرِ ، ولأنَّه وَجَد عَيْنَ مالِه خاليًا عن حَقِّ غيرِه ، أشْبَهَ إذا لم يَبِعْه . والثانى ، لا يَرْجِعُ ؛

---

(١) فى ف : « حق » .

(٢) فى م : « فيه » .

(٣) فى م : « الغرماء » .

(٤) فى الأصل : « على » .

(٥) فى م : « المبيع » .

لأنَّ هذا المِلْكَ لم يَنْتَقِلْ إليه منه، فلم يَمْلِكْ فَسْخَه.

وإن كان المَبِيعُ صَيْدًا، فوَجَدَه البائعُ بعدَ أن أَحْرَمَ، سَقَط الرُّجُوعُ؛ لأنَّه تَمَلُّكٌ للصَّيْدِ، فلم يَجُزْ مع الإحْرامِ كشِرائِه.

فصل: الشَّرْطُ الرابِعُ، كَوْنُ المُفْلِسِ حَيًّا، فإن مات فالبائِعُ أُسْوَةُ الغُرَماءِ؛ لِما روَى أبو هُرَيْرَةَ أنَّ النبيَّ ﷺ قال: «فإن مات، فصاحِبُ المَتاعِ أُسْوَةُ الغُرَمَاءِ». روَاه أبو داودَ[1]. وفى لَفْظٍ: «أَيُّما امْرِئٍ مات وعنده مالُ امْرِئٍ بعَينِه، اقْتَضَى مِن ثَمَنِه شيئًا أو لم يَقْتَضِ، فهو أُسْوَةُ الغُرَماءِ». رَواه ابن ماجَه[2]. ولأنَّ المِلْكَ انْتَقَلَ عن المُفْلِسِ، فسَقَط الرُّجوعُ فيه، كما لو باعَه.

فصل: الشَّرْطُ الخامِسُ، أن لا يَزِيدَ زِيادَةً مُتَّصِلَةً؛ كالسِّمَنِ، والكِبَرِ، وتَعَلُّمِ صَنْعَةٍ، فإن وُجِدَ ذلك، منَعَ الرُّجوعَ. ذكَره الخِرَقِيُّ؛ لأنَّه فَسْخٌ بسَبَبٍ حادِثٍ، فمنَعَتْه الزِّيادَةُ المُتَّصِلَةُ، كالرُّجُوعِ فى[3] الصَّداقِ للطَّلاقِ قبلَ الدُّخُولِ. وعن أحمدَ، له الرُّجُوعُ؛ للخَبَرِ، ولأنَّه فَسْخٌ، فلم تَمْنَعْه الزِّيادَةُ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ.

فأمَّا الزِّيادَةُ المُنْفَصِلَةُ؛ كالوَلَدِ، والثَّمَرَةِ الظاهِرَةِ، والكَسْبِ، فلا تَمْنَعُ

---

(١) فى: باب فى الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده، من كتاب الإجارة. سنن أبى داود ٢/ ٢٥٧.

(٢) فى: باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس، من كتاب الأحكام. سنن ابن ماجه ٢/ ٧٩١.

(٣) فى ب: «إلى».

الرُّجوعَ ؛ لأنَّه يُمْكِنُ الرُّجوعُ فى العَيْنِ دُونَها ، والزِّيادَةُ للمُفلِسِ ، فى ظاهِرِ المَذْهَبِ ؛ لأنَّها نَماءُ مِلْكِه المُنْفَصِلِ ، فكانَت له ، كما لو رَدَّها بعَيْبٍ ، ورَجَعَتْ إلى الزَّوْجِ بالطَّلاقِ ، ولأنَّ قَوْلَ النبىِّ ﷺ : « الخَراجُ بالضَّمَانِ » . (١رَواه أبو داودَ وغيرُه١) . يدُلُّ على أنَّ النَّماءَ للمُشْتَرِى ؛ لكَوْنِ الضَّمانِ عليه . وقال أبو بكرٍ : هى للبائعِ ؛ قِياسًا على المُتَّصِلَةِ . والفَرْقُ ظاهِرٌ ؛ لأنَّ المُتَّصِلَةَ تَتْبَعُ فى الفُسوخِ دُونَ المُنْفَصِلَةِ .

فصل : فإن باعَها حائلًا فحَمَلَت ، فالحَمْلُ زِيادَةٌ مُتَّصِلَةٌ ؛ لأنَّه يَتْبَعُ أُمَّه فى العُقُودِ والفُسُوخِ ، ولا يُمْكِنُ الرُّجوعُ فيها دُونَه ، فهو كالسِّمَنِ . ويَحْتَمِلُ أن يَرْجِعَ فيها دُونَ وَلَدِها ، يتَرَبَّصُ به حتى تَضَعَ ؛ لأنَّه جُزْءٌ لانْفِصالِه غايَةٌ ، فأَشْبَهَ الثَّمَرَةَ . وإن أَفْلَسَ بعدَ وَضْعِها ، فهو زِيادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ ، له الرُّجُوعُ فى الأُمِّ دُونَ الوَلَدِ ، إلَّا أن تكونَ أَمَةً ، فلا يجوزُ التَّفْرِيقُ بينَهما ، ويُخَيَّرُ بينَ دَفْعِ قِيمَةِ الوَلَدِ (٢لِيَمْلِكَهما ، وبينَ بَيْعِهما٢) معًا ، فيكونُ له مِن الثَّمَنِ ما يَخُصُّ الأُمَّ . وإن باعَها حامِلًا فلم تَزِدْ قِيمَتُها ، فله الرُّجوعُ ، وإن زادَتِ القِيمَةُ لكِبَرِ(٣) الحَمْلِ أو وَضْعِه ، فهى زِيادَةٌ مُتَّصِلَةٌ . وإن زاد أحدُهما ، خُرِّج على الرِّوايَتَيْن فيما إذا كان المَبِيعُ عَيْنَيْن فتَلِفَتْ إحداهما . وقالَ القاضى : له الرُّجُوعُ فيهما على كلِّ حالٍ . ومن جعَلَ الحَمْلَ لا حُكْمَ له ، جَعَل حُكْمَها حُكْمَ المَبِيعَةِ حائلًا سَواءً .

(١ - ١) زيادة من : س ١.
والحديث تقدم تخريجه فى صفحة ٧٤ .
(٢ - ٢) فى الأصل : « لتملكها وبين بيعها » .
(٣) فى الأصل : « لكثرة » .

فصل : فإن باع نَخْلًا حائلًا فأَطْلَعَتْ ، ثم أفْلَسَ المُشْتَرِى قبلَ تأْبِيرِها ، فالطَّلْعُ زِيادَةٌ مُتَّصِلَةٌ ؛ لأنَّها تَتْبَعُ فى البَيْعِ . وقال ابنُ حامِدٍ : حُكْمُها حُكمُ المُنْفَصِلِ ؛ لأنَّه يُمْكِنُ فَصْلُه وإفْرادُه بالبَيْعِ ، بخِلافِ السِّمَنِ . وإن أفْلَسَ بعدَ تَأْبِيرِها ، [١٧٠و] فهى زِيادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ ، تكونُ للمُفْلِسِ مَتْرُوكَةً إلى الجذاذِ ، كما لو اشْتَرى النَّخْلَ . وكذلك الحُكْمُ فى سائرِ الشَّجَرِ ، وفى الأَرْضِ يَنْبُتُ فيها الزَّرْعُ . فإنِ اتَّفَقَ المُفْلِسُ والغُرَماءُ على تَبْقِيَتِه أو قَطْعِه ، فلهم ذلك ، وإنِ اخْتَلَفُوا ، وله قِيمَةٌ مَقْطُوعًا ، قُدِّمَ قولُ مَن طَلَب القَطْعَ ؛ لأنَّه أقَلُّ غَرَرًا[1] ، ولأنَّ الطالِبَ للقَطْعِ إمَّا غَرِيمٌ يَطْلُبُ حقَّه ، أو مُفْلِسٌ يَطْلُبُ تَبْرِئَةَ ذِمَّتِه .

فإن أقَرَّ المُفْلِسُ للبائعِ بالطَّلْعِ ، لم يُقْبَلْ إقْرارُه ؛ لأنَّه يُسْقِطُ[2] به[3] حَقَّ الغُرَماءِ ، فلم يُقْبَلْ ، كإقْرارِه بغَرِيمٍ آخرَ ، وعلى الغُرَماءِ اليَمِينُ أنَّهم[4] لا يَعْلَمون برُجوعِ البائعِ قبلَ التَّأْبِيرِ ؛ لأنَّ اليَمِينَ تَثْبُتُ فى جَنَبَتِهم ابْتِداءً . وإن أقَرَّ الغُرَماءُ ، لم يُقْبَلْ ؛ لأنَّ المِلْكَ للمُفْلِسِ ، ويَحْلِفُ المُفْلِسُ ، ويَثْبُتُ الطَّلْعُ له ، يَنْفَرِدُ به[5] دُونَهم ؛ لإقْرارِهم أنَّه لا حَقَّ لهم فيه ، وله تَخْصِيصُ بَعْضِهم فيه ، وقِسْمَتُه بينَهم ، فمَن أباه ، قِيلَ له : إمّا أن تأْخُذَه أو[6] تُبْرِئَه .

---

(١) فى م : « عذرا » .

(٢) فى ف : « يبطل » .

(٣) سقط من : م .

(٤) فى م : « لأنهم » .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) فى الأصل : « وإما أن » .

لأَنَّه للمُفلِسِ حُكْمًا ، فقَدْ قَضاهُم ما ثَبَت له ، فلَزِمَهم قَبُولُه ، كما لو أَدَّى المُكاتَبُ نُجومَه[1] ، فادَّعَى سيِّدُه تَحْرِيمَه . فإن قبَضُوا الثَّمَرَةَ بعينِها ، لَزِمَهم رَدُّها إلى البائعِ ؛ لإقْرارِهم له بها ، وإن قبَضُوا ثمَنَها ، لم يَلْزَمْهم رَدُّه ؛ لأَنَّهم إنَّما اعْتَرفُوا له بالعَيْنِ لا بالثَّمَنِ . وإن شَهِد الغُرَماءُ للبائعِ بالطَّلْعِ وهم عُدُولٌ ، قُبِلَتْ شَهادَتُهم ؛ لأَنَّهم غيرُ مُتَّهَمِين .

فصل : وإنِ اشْتَرَى أرْضًا فغَرَسَها ، أو بَنَى فيها ، ثم أفْلَسَ ، فللبائعِ الرُّجُوعُ فى الأَرْضِ ، ثم إن طَلَب المُفْلِسُ والغُرَماءُ قَلْعَ الغِراسِ والبِناءِ ، فلهم ذلك ، وعليهم ضَمانُ ما نقَصَها القَلْعُ ، وتَسْوِيَةُ الحُفَرِ ؛ لأَنَّه نَقْصٌ حَصَل بفِعْلِهم لتَخْلِيصِ[2] مِلْكِهم ، فأَشْبَهَ المُشْتَرِىَ مع الشَّفِيعِ . وإنْ [3]أبَوُا القَلْعَ[3] ، فللبائعِ دَفْعُ قِيمَتِه ويَمْلِكُه ؛ لأَنَّه حَصَل لغيرِه فى مِلْكِه بحقٍّ ، فملَكَ ذلك ، كالشَّفِيعِ . وإن أبَى ذلك ، سَقَط الرُّجوعُ ؛ لأَنَّ فيه ضرَرًا على المُشْتَرِى ، ولأَنَّ عَيْنَ مَالِه مَشْغُولَةٌ بمِلْكِ غيرِه ، أشْبَهَ الحَجَرَ المَبْنِيَّ عليه . هذا قولُ ابنِ حامِدٍ . وقال القاضى : يَحْتَمِلُ أَنَّ له الرُّجُوعَ ؛ لأَنَّ شغْلَ مِلْكِه بمِلْكِ غيرِه لا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ إذا كان أصْلًا ، كالثَّوْبِ إذا صُبِغَ . فإذا رَجَع فاتَّفَقَ الجميعُ على البَيْعِ ، بِيعَ ، وأُعْطِىَ كلُّ واحدٍ حقَّه ، وإن أبَى بعضُهم ، احْتَمَل أن يُجْبَرَ عليه ؛ لأَنَّه مَعْنًى يَنْفَصِلُ به أحدُهما عن صاحبِه ، أَشْبَهَ بَيْعَ الثَّوْبِ المَصْبُوغِ . واحْتَمَلَ أن لا يُجْبَرَ صاحِبُ الأرضِ ،

---

(١) فى الأصل : « غرمه » .

(٢) بعده فى م : « حقهم » .

(٣ - ٣) فى الأصل : « نوى القطع » .

ويُباعُ الشَّجَرُ وحدَه؛ لأنَّه مُمْكِنٌ، بخِلافِ الصِّبْغِ.

فصل: وإنِ اشْتَرَى غِرَاسًا فغَرَسَه، ثم أفْلَسَ، فلم يَزِدْ، فللبائعِ الرُّجوعُ فيه، ويَقْلَعُه، ويضْمَنُ النَّقْصَ، فإن أَبَى قَلْعَه[1] فبذَلَ المُفْلِسُ [2]والغُرَماءُ[2] قِيمَتَه ليَمْلِكُوه، فلهم ذلك، كالتى قبلَها. وإن أرادُوا قَلْعَه، فلهم[3] ذلك، ولا ضَمانَ عليهم؛ لأنَّ المُفْلِسَ اشْتَراه مَقْلُوعًا، فلم يَلْزَمْهم مع رَدِّه كذلك شَىْءٌ آخَرُ، ولا إبْقاؤُه فى أرضِهم بغيرِ استحقاقٍ. وإن زاد، سَقَط الرُّجوعُ فى قَوْلِ الخِرَقِىِّ. وعلى رِوايَةِ المَيْمُونِىِّ[4] يَحْتَمِلُ ذلك أيضًا؛ لأنَّ النَّماءَ فيه[5] حصَلَ مِن أرْضِ المُفْلِسِ، فلم يَمْلِكِ البائعُ أخْذَه. ويَحْتَمِلُ أنَّ له الرُّجوعَ، كما لو سَمِنَ العَبْدُ مِن طَعامِه. وإنِ اشْتَرَى مِن رَجُلٍ أرْضًا، ومِن آخَرَ غَرْسًا، فغَرَسَه فيها، فلصاحِبِ الأرْضِ الرُّجوعُ، وفى صاحِبِ الغَرْسِ التَّفْصِيلُ الذى ذكَرْناه. فإن رجَعا معًا، فالحُكْمُ فيهما كما لو كان الغَرْسُ فى أرْضِ المُفْلِسِ.

[١٧٠ظ] **فصل**: وإن أفْلَسَ وعليه دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ، لم يَحِلَّ؛ لأنَّ التَّأْجِيلَ حَقٌّ له، فلم يَبْطُلْ بفَلَسِه، كسائرِ حقُوقِه. قال القاضى: لا يَحِلُّ، رِوايةً

---

(١) سقط من: م.

(٢ - ٢) فى م: «للغرماء».

(٣) فى م: «فله».

(٤) عبد الملك بن عبد الحميد بن مهران أبو الحسن الميمونى الرقى، كان إماما جليل القدر، صحب الإمام أحمد من سنة خمس ومائتين إلى سنة سبع وعشرين، وعنده عنه مسائل فى ستة عشر جزءا، وتوفى سنة ثلاث وسبعين ومائتين. طبقات الحنابلة ١/ ٢١٢ - ٢١٦، العبر ٢/ ٥٣.

(٥) بعده فى م: «قد».

واحدَةً . وقال أبو الخَطّابِ : فيه رِوايَةٌ أُخْرَى أنَّه يَحِلُّ ؛ لأنَّ الفلَسَ مَعْنًى يُوجِبُ تَعَلُّقَ الدَّيْنِ بمالِه ، فأَسْقَطَ الأَجَلَ ، كالمَوْتِ . فإن قُلْنا : لا يَحِلُّ . اخْتَصَّ أصْحابُ الدُّيونِ الحَالَّةِ بمَالِه دُونَه ؛ لأنَّه لا يَسْتَحِقُّ اسْتِيفاءَ حَقِّه قبلَ أجَلِه ، وإن حَلَّ دَيْنُه قبلَ القِسْمَةِ ، شارَكَهم ؛ لمُساواتِه إيَّاهم (1)في اسْتِيفَائِه(1) ، فأَشْبَهَ مَن تَجَدَّدَ له دَيْنٌ بجِنَايَةِ المُفْلِسِ عليه . وإن أدْرَكَ بعضَ المالِ ، شارَكَهم فيه ؛ لذلك ، فإن كان المُؤَجَّلُ برَهْنٍ ، خُصَّ به ؛ لأنَّ حقَّه تعَلَّقَ بعَيْنِه . وإن وَجَد عَيْنَ مالِه ، فقال أحمدُ : يكونُ مَوْقُوفًا إلى أن يَحِلَّ ، فيَخْتارَ الفَسْخَ أو التَّرْكَ ؛ لأنَّ حقَّه تَعَلَّق بالعَيْنِ ، فقُدِّمَ على غيرِه ، كالمُرْتَهِنِ . فإن كان دَيْنُه(2) سَلَمًا ، فأدْرَكَ عَيْنَ مالِه ، رَجَع فيها ، وإن لم يُدْرِكْها ، وحَلَّ دَيْنُه قبلَ القِسْمَةِ ، ضَرَب بالمُسْلَمِ فيه ، وأخذَ بقِسْطِه مِن(3) جِنْسِ حقِّه (4)إن كان فى المالِ ، وإلَّا اشْتَرى مِن جِنْسِ حَقِّه(4) ، ودفَعَ إليه . ولا يجوزُ أن يأْخُذَ غيرَ ما أسْلَمَ فيه(5) ؛ لقولِ النبيِّ ﷺ : « مَن أَسْلَمَ فِى شىءٍ ، فلا يَصْرِفْهُ إلى غيرِه » . (6)رواه أبو داودَ ، وابنُ ماجه(6) .

فصل : فإن مات إنسانٌ وعليه دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ،

(1 - 1) فى م : « باستيفائه » .

(2) فى م : « ماله » .

(3) فى الأصل : « فى » .

(4 - 4) سقط من : م .

(5) فى الأصل : « إليه » .

(6 - 6) سقط من : م .

والحديث تقدم تخريجه فى صفحة ١٦٦ .

لا يَحِلُّ . اخْتَارَها الخِرَقِيُّ ؛ لقولِ النبيِّ ﷺ : « مَن تَرَكَ حَقًّا فلوَرَثَتِه »[1] . والتَّأْجِيلُ حَقٌّ له ، فيَنْتَقِلُ إلى ورَثَتِه ؛ لأنَّه لا يَحِلُّ به مالُه ، فلا يَحِلُّ به[2] ما عليه ، كالجُنونِ[2] . والثانيةُ ، يَحِلُّ ؛ لأنَّ بَقاءَه ضررٌ على المَيِّتِ ؛ لبَقاءِ ذِمَّتِه مُرتَهِنَةً به ، وعلى الوَارِثِ لمَنْعِه التَّصَرُّفَ فى التَّرِكَةِ ، وعلى الغَرِيمِ بتأْخِيرِ حقِّه ، ورُبَّما تَلِفَتِ التَّرِكَةُ . وعلى كِلتا الرِّوايتَيْن يتعَلَّقُ الحقُّ بالتَّرِكَةِ ، كَتعلُّقِ الأَرْشِ بالجانِى ، ويُمْنَعُ الوارِثُ التَّصَرُّفَ فيها إلَّا بِرِضَا الغَرِيمِ ، أو تَوْثِيقِ الحقِّ بضَمِينٍ مَلِيءٍ ، أو رَهْنٍ يَفِى بالحقِّ إن كان مُؤَجَّلًا ، فإنَّهم قد لا[2] يكُونُون أمْلياءَ ، فيُؤَدِّى تصَرُّفُهم إلى فَواتِ الحقِّ . فإن تصَرَّفُوا قبلَ ذلك ، صَحَّ تصَرُّفُهم ، كَتصَرُّفِ السَّيِّدِ فى الجانِى . ويَلْزَمُهم

---

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب الدين ، من كتاب الكفالة ، وفى : باب الصلاة على من ترك دينا ، من كتاب الاستقراض ، وفى : باب قول النبى ﷺ : من ترك كلا أو ضياعا فإلى ، من كتاب النفقات ، وفى : باب قول النبى ﷺ : من ترك مالا فلأهله ، وباب ميراث الأسير ، من كتاب الفرائض . صحيح البخارى ٣/ ١٢٨ ، ١٥٥ ، ٧/ ٨٦ ، ٨٧ ، ٨/ ١٨٧ ، ١٩٣ ، ١٩٤ . ومسلم ، فى : باب من ترك مالا فلورثته ، من كتاب الفرائض . صحيح مسلم ٣/ ١٢٣٧ ، ١٢٣٨ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الصلاة على المديون ، من أبواب الجنائز ، وفى : باب ما جاء من ترك مالا فلورثته ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى ٤/ ٢٩١ ، ٨/ ٢٣٩ . والنسائى ، فى : باب الصلاة على من عليه دين ، من كتاب الجنائز . المجتبى ٤/ ٥٣ . وابن ماجه ، فى : باب من ترك دينا أو ضياعًا ... ، من كتاب الصدقات ، وفى : باب ذوى الأرحام ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٢/ ٨٠٧ ، ٩١٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٢٩٠ ، ٤٥٣ ، ٤٥٦ .

(٢) سقط من : م .

أقَلُّ الأمْرَيْنِ مِن قَضاءِ الدَّيْنِ أو قِيمَةِ التَّرِكَةِ ؛ لأنَّه لا يلْزَمُهم أكثرُ مِن وَفاءِ الدَّيْنِ ، ولا أكْثَرُ مِن التَّرِكَةِ ، ولهذا لو كانَتْ باقِيَةً لم يلْزَمْهم أكثرُ مِن تَسْلِيمِها . وإنْ تَلِفَتِ التَّرِكَةُ قبلَ التَّصرُّفِ فيها والتَّوْثِيقِ منها ، سَقَط الحَقُّ ، كما لو تَلِف الجانِى . وإن قَضَى الوَرَثَةُ الدَّيْنَ مِن غيرِ التَّرِكَةِ أو منها ، جاز . وإن أبَى الجميعُ ، باع الحاكِمُ من التَّرِكَةِ ما يُقْضَى به الدَّيْنُ . وإن ماتَ المُفْلِسُ وعليه دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، فوَثَّقَ الوَرَثَةُ للمُؤَجَّلِ ، اخْتَصَّ أصْحابُ الحالَّةِ بالتَّرِكَةِ ، فإن أبَوْا ذلك ، حَلَّ دَيْنُه ، فشارَكَهم ؛ لِئَلَّا يُفْضِىَ إلى إسْقَاطِ دَيْنِه بالكُلِّيَّةِ .

فصل : وإذا حُجِر على المُفْلِسِ وهو ذُو كَسْبٍ يَفِى بمُؤْنَتِه ومُؤْنَةِ مَن تَلْزَمُه مُؤْنَتُه ، فذلك فى كَسْبِه ؛ لأنَّ مالَه لا يخْرُجُ فيما لا حاجَةَ إلى إخْراجِه فيه . وإن لم يَفِ كَسْبُه بمُؤْنَتِه ، كَمَّلْناها مِن مالِه . وإن لم يكنْ ذا كَسْبٍ ، أُنْفِقَ عليه وعلى مَن تَلْزَمُه مُؤْنَتُه مِن مالِه بالمَعْرُوفِ(١) مُدَّةَ الحَجْرِ ؛ لقَوْلِ النبىِّ ﷺ : « ابْدَأْ بِنَفْسِكَ ، ثُمَّ بمَنْ تَعُولُ »(٢) . وفى مَن يعُولُ مَن تكونُ نفقَتُه دَيْنًا ، كالزَّوْجَةِ ، فإذا قَدَّمَ نفقَةَ نَفْسِه على نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ ، وجَبَ تَقْدِيمُها على سائرِ [١٧١و] الدُّيونِ ، ولأنَّ تَجْهِيزَ المَيِّتِ يُقَدَّمُ على دَيْنِه اتِّفاقًا ، فنفَقَةُ الحَىِّ أوْلَى ؛ لأنَّ حُرْمَتَه آكَدُ مِن حُرْمَةِ المَيِّتِ . وتُقَدَّمُ نفقَةُ مَن تَلْزَمُه مُؤْنَتُه مِن أقارِبِه ؛ لأنَّهم جَرَوْا مَجْراه ، ولذلك(٣) عتَقُوا عليه إذا

---

(١) بعده فى م : « فى » .
(٢) قال الحافظ : لم أره هكذا . التلخيص الحبير ٢/١٨٤ .
وانظر ما تقدم تخريجه فى ٢/١٦٨ ، ١٦٩ .
(٣) فى م : « كذلك » .

ملكهم، وكذلك نفقةُ زَوْجَتِه؛ لأنَّها آكَدُ مِن نفقَةِ أَقارِبه[1]. وتَجِبُ كِسْوَتُهم أيضًا؛ لأنَّ ذلكَ ممَّا لا بُدَّ منه، ويكونُ ذلك مِن أدْنَى ما يُنْفَقُ على مثلِهم، أو يُكْتَسَى مثلُهم. فإن كانت له[2] ثِيابٌ[3] أرْفَعُ مِن كِسْوَةِ مثلِه[4]، بِيعَت واشْتُرِىَ لهم[5] كِسْوَةُ مِثْلِهم[6]، ورُدَّ الفَضْلُ على الغُرَمَاءِ. وإن مات منهم مَيِّتٌ، كُفِّنَ مِن مالِه؛ لأنَّه يَجرِى مَجرَى كِسْوَةِ الحَىِّ. ويُكَفَّنُ فى ثلاثَةِ أثْوابٍ كغيرِه. ويَحْتَمِلُ أن يُكَفَّنَ فى ثَوْبٍ واحدٍ؛ لأنَّ الزائدَ فَضْلٌ يُسْتَغْنَى عنه.

ولا تُباعُ دارُه التى لا غِنَى له عن سُكْناها؛ لأنَّه ممّا[7] لا بُدَّ منه، أشْبَهَ الكِسْوَةَ. فإن كانَت واسِعَةً يَكْفِيه بعْضُها، بِيعَ الفاضِلُ منها إن أمْكَنَ، وإلَّا بِيعَت كلُّها واشْتُرِىَ له مَسْكَنُ مثلِه، وإن لم يكنْ له مَسْكَنٌ، اسْتُؤْجِرَ له مَسْكَنٌ؛ لأنَّ ذلك ممّا لا بُدَّ منه، ورُدَّ الفَضْلُ على الغُرَماءِ. ولا يُباعُ خادِمُه الذى لا يَسْتَغْنِى عن خِدْمَتِه. وإن كان مَسْكَنُه وخادِمُه وثِيابُه أعْيانَ أمْوالِ الناسِ أفْلَسَ بها ووَجدُوها، فلهم أخْذُها؛ للخَبَرِ، ولأنَّ حقُوقَهم تعلَّقَتْ بالعَيْنِ، فكانَت أقْوَى مِن غيرِها. ويَحْتَمِلُ أنَّ مَن لم يَكُنْ

---

(١) فى م: «أقاربهم».

(٢) فى س ٢، م: «لهم».

(٣) بعده فى م: «هى».

(٤) فى س ٢، م: «مثلهم».

(٥) فى الأصل، ف: «له».

(٦) فى الأصل، س ١، ف: «مثله».

(٧) سقط من: م.

له[1] مَسْكَنٌ ولا خادِمٌ ، فاسْتَدانَ ما اشْتَراهُما به ، و[2] أفْلَسَ بذلك الدَّيْنِ ، أن يُباعَ مَسْكَنُه وخادِمُه ؛ لأنَّهما بأمْوالِ الغُرَماءِ ، فتَبْقِيَتُهما له إضْرارٌ بهم ، وفَتْحُ بابِ الحِيلَةِ للمَفالِيسِ فى اسْتِدَانَةِ ما يَشْتَرُونَ به ذلك فيَبْقَى لهم .

فصل : وإذا قُسِم مالُه بينَ غُرَمائِه ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يزُولُ الحَجْرُ عنه ؛ لأنَّ المَعْنَى الذى حُجِر عليه مِن أجْلِه حِفْظُ المالِ ، وقد زال ذلك ، فيَزُولُ الحَجْرُ لزَوالِ سبَبِه . والثانى ، لا يزُولُ إلَّا بفَكِّ الحاكِمِ له ؛ لأنَّه حَجْرٌ ثَبَت بالحاكِمِ ، فلا يزولُ إلَّا به ، كالحَجْرِ على السَّفِيهِ .

وإذا فُكَّ الحَجْرُ عنه فلَزِمَتْه دُيونٌ ، ثم حُجِر عليه ثانيًا ، شارَك غُرَماءُ الحَجْرِ الأَوَّلِ غُرَماءَ الحَجْرِ[1] الثانى ، إلَّا أنَّ الأَوَّلِينَ يَضْرِبُونَ ببَقِيَّةِ دُيُونِهم ، والآخَرونَ يَضْرِبُونَ بجميعِ دُيونِهم .

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى الأصل : « أو » .

بَابُ الحَجْرِ

يُحْجَرُ على الإنسانِ لحقِّ نَفْسِه لثَلاثَةِ أُمُورٍ؛ صِغَرٍ، وجُنُونٍ، وسَفَهٍ؛ لقولِ اللَّهِ تعالَى: ﴿ وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾[1]. فدَلَّ على أنَّه لا تُسَلَّمُ إليهم قبلَ الرُّشْدِ. وقولِه تعالى: ﴿ وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ﴾[2] الآية. ولأَنَّ إطْلاقَهم في التَّصَرُّفِ يُفْضِي إلى ضَياعِ أَمْوالِهم، وفيه ضَرَرٌ عليهم.

ويتَوَلَّى الأبُ مالَ الصَّبِيِّ والمجْنُونِ؛ لأنَّها وِلايَةٌ على الصَّغيرِ، فقُدِّم فيها الأبُ، كوِلَايَةِ النِّكاحِ، ثم وَصِيُّه بعدَه؛ لأنَّه نائِبُه، فأَشْبَهَ وَكِيلَه في الحَياةِ، ثم الحاكِمُ؛ لأنَّ الوِلايَةَ مِن جِهةِ القَرابَةِ قد سقَطَتْ، فثَبَتَت للسُّلْطانِ، كوِلايَةِ النِّكاحِ. ولا تَثْبُتُ لغيرِهم؛ لأنَّ المالَ مَحَلُّ الخِيَانَةِ، ومَن سِواهم قاصِرُ الشَّفَقَةِ، غيرُ مَأْمُونٍ على المالِ، فلم يَلِه، كالأَجْنَبِيِّ.

ومِن شَرْطِ ثُبوتِ الوِلَايَةِ العَدالَةُ، بلا خِلَافٍ؛ [١٧١ظ] لأنَّ في تَفْويضِها إلى الفاسِقِ تَضْيِيعًا لمالِه، فلم يَجُزْ، كتَفْوِيضِها إلى السَّفِيهِ.

---

(١) سورة النساء ٦.

(٢) سورة النساء ٥.

فصل: وليس لوَلِيِّه التَّصرُّفُ فى مالِه بما لا حَظَّ له فيه؛ كالعِتْقِ، والهِبَةِ، والتَّبرُّعاتِ، والمُحابَاةِ؛ لقولِ اللَّهِ تعالَى: ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ ﴾[1]. وقولِه عليه الصلاةُ والسَّلامُ: «لَا ضَرَرَ ولا إضْرَارَ[2]». مِن «المُسْنَدِ»[3]. وفى هذه إضْرارٌ، فلم يَمْلِكْه. ولا يأْكُلُ مِن مالِه إن كان غَنِيًّا؛ لقولِه سبحانه وتعالى: ﴿ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ﴾[4]. [5]فإن[6] كان فقيرًا جاز؛ لقَوْلِ اللَّهِ تعالى[5]: ﴿ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾. وليس له إلَّا أَقَلُّ الأمْرَيْنِ مِن أُجْرَتِه أو قَدْرِ كِفايَتِه؛ لأنَّه[7] يَسْتَحِقُّه بالعَمَلِ والحاجَةِ معًا، فلم يَمْلِكْ إلَّا[8] ما وَجَدَا فيه. ثم إن كان أبًا، فلا شىءَ عليه؛ لأنَّ له أن يأْخُذَ مِن مالِ وَلَدِه. وإن كان غيرَه، ففيه رِوايَتان؛ إحْداهما، يضْمَنُ عِوَضَ ما أكَلَه إذا أيْسَرَ؛ لأنَّه اسْتِباحَةٌ للحاجَةِ، فلَزِمَه عِوَضُه، كالمُضْطَرِّ. والثانيةُ، لا شىءَ عليه؛ لأنَّ اللَّهَ تعالَى أمَرَ بالأَكْلِ ولم يَذْكُرْ عِوَضًا، ولأنَّه أُجِيزَ له الأَكْلُ بحَقِّ الوِلايَةِ،

---

(١) سورة الأنعام ١٥٢، سورة الإسراء ٣٤.

(٢) فى م: «ضرار».

(٣) المسند ١/ ٣١٣، ٥/ ٣٢٧.

كما أخرجه ابن ماجه، فى: باب من بنى فى حقه ما يضر بجاره، من كتاب الأحكام. سنن ابن ماجه ٢/ ٧٨٤. والإمام مالك مرسلا، فى: باب القضاء فى المرفق، من كتاب الأقضية. الموطأ ٢/ ٧٤٥. والدارقطنى، فى سننه ٤/ ٢٢٨.

(٤) سورة النساء ٦.

(٥ - ٥) سقط من: الأصل.

(٦) فى م: «ومن».

(٧) بعده فى م: «لا».

(٨) سقط من: الأصل.

فلم يَضْمَنْه ، كرِزْقِ الإمامِ مِن بَيْتِ المالِ . وإذا كان خَلْطُ مالِ اليتيمِ بمالِه أرْفَقَ له ، مثلَ أن يكونَ أَلْيَنَ فى الخُبْزِ ، وأمْكَنَ فى[1] الأُدْمِ ، خلَطَه ، وإن كان إفْرادُه خيْرًا له ، أفْرَدَه ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ۖ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ ۖ وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ ۚ ﴾[2] .

فصل : وله أن يَتَّجِرَ بمالِه ؛ لِما رُوِىَ أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « مَن وَلِىَ يَتِيمًا فَلْيَتَّجِرْ بمالِه ، ولا يَتْرُكْه حتَّى تَأْكُلَهُ الصَّدَقَةُ » . رَواه التِّرْمِذِىُّ[3] . ولأنَّه أحَظُّ لليَتِيمِ ؛ لتكونَ نفقَتُه مِن رِبْحِه ، كما يفْعَلُ البالِغُ[4] فى مَالِه . ولا يَتَّجِرُ إلَّا فى المَواضِعِ الآمِنَةِ ؛ لئلَّا يُغَرِّرَ بمَالِه . والرِّبْحُ كلُّه لليَتِيمِ ؛ لأنَّ المُضارِبَ إنَّما يَسْتَحِقُّ بعَقْدٍ ، وليس له أن يَعْقِدَ مع نَفْسِه لنَفْسِه . فإنْ أعْطاه لَمَن يُضَارِبُ له به ، جاز ؛ لأنَّ العَلَاءَ بنَ عبدِ الرَّحْمنِ روَى عن أبِيه ، عن جَدِّه ، أنَّ عُمَرَ بنَ الخَطَّابِ أعْطاه مالَ يَتِيمٍ مُضَارَبَةً[5] . ولأنَّ ذلك يفْعَلُه الإنسانُ فى مالِ نَفْسِه طَلَبًا للحَظِّ . ولِلمُضارِبِ مِن الرِّبْحِ ما وافَقَه الوَلِىُّ

---

(١) فى م : « من » .

(٢) سورة البقرة ٢٢٠.

(٣) تقدم تخريجه فى ٢/ ٩٤.

(٤) فى ف : « البائع » .

(٥) سقط من : الأصل .

والأثر أخرجه الإمام أبو حنيفة عن عبد اللَّه بن حميد عن أبيه عن جده عن عمر . جامع المسانيد ٢/ ٥٦. وكذا ابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٦/ ٣٧٧. وانظر : الآثار لأبى يوسف ١٦٠.

وما رواه العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده ، فإنما يرويه عن عثمان وليس عن عمر ، وليس فيه أن المال كان ليتيم . انظر ما أخرجه الإمام مالك ، فى : الموطأ ٢/ ٦٨٨.

عليه؛ لأنَّ الوَلِيَّ نائِبُه فيما فيه مَصْلَحَتُه، وهذا مِن مَصْلَحَتِه، فجاز، كفِعْلِه له في مالِه.

فصل: ويجوزُ أن يَشْتَرِىَ له العَقارَ؛ لأنَّ الحَظَّ فيه، يَحْصُلُ منه الفَضْلُ ويَبْقَى الأَصْلُ، فهو أحَظُّ مِن التِّجارَةِ، وأقَلُّ غَرَرًا. وله أن يَبْنِيَه؛ لأنَّه في مَعْنى الشِّراءِ. قال أصْحابُنا: ويَبْنِيه بالآجُرِّ والطِّينِ؛ ليَسْلَمَ الآجُرُّ عندَ انْهِدامِه. والصَّحيحُ أنَّه يَبْنِيه بما جَرَت به[1] عادَةُ أهلِ بَلَدِه؛ لأنَّه أحَظُّ وأقَلُّ ضَرَرًا، ولا يجوزُ تَحَمُّلُ ضَرَرٍ عاجلٍ لتَوَهُّمِ نَفْعٍ عندَ الهَدْمِ، والظاهِرُ أنَّه لا يَنْهَدِمُ إلَّا بعدَ زَوالِ مِلْكِه عنه.

ولا يجوزُ بَيْعُ عَقارِه لغيرِ[2] حاجَةٍ؛ لِما فيه مِن تَفْوِيتِ الحَظِّ الحاصلِ به، ويجوزُ للحاجَةِ. قال أصْحابُنا: لا يجوزُ إلَّا لحاجَةٍ إلى نفقَةٍ، أو قَضاءِ دَيْنٍ، أو غِبْطَةٍ لزِيادَةٍ كثيرةٍ في ثَمَنِه، كالثُّلُثِ فما فَوْقَه. والمَنْصُوصُ أنَّ للوَصِىِّ بَيْعَه إذا كان نظَرًا[3] لهم مِن غيرِ تَقْيِيدٍ بهذين، وقد يكونُ الحَظُّ في بَيْعِه لغيرِ هذا؛ لكَوْنِه في مَكانٍ لا غَلَّةَ له، أو له غَلَّةٌ يسيرَةٌ، فيَبِيعُه ويَشْتَرِى بثَمَنِه ما تَكْثُرُ غَلَّتُه[4]، أو يكونُ له عَقاران، يُعْمِرُ أحَدَهما بثَمَنِ الآخَرِ، فلا وَجْهَ لتَقْيِيدِه بهذين.

فصل: ولا يجوزُ أن يُودِعَ مالَه إلَّا لحاجَةٍ، ولا يُقْرِضَه إلَّا لحظِّه، مثل

---

(١) سقط من: م.

(٢) في م: «من غير».

(٣) النَّظَر: الإعانة، ويُعَدَّى باللام. تاج العروس (ن ظ ر).

(٤) في م: «عليه».

أن يخافَ هَلاكَه، أو نُقْصانَه ببقائِه، فيُقْرِضَه ليَسْتَوفِيَه [١٧٢و] كامِلًا. ولا يُقْرِضُه إلَّا لِمَلِيءٍ يأْمَنُ جَحْدَه أو مَطْلَه، ويأْخُذُ بالعِوَضِ رَهْنًا اسْتِيثاقًا له، وإنْ لم يأْخُذْ، جازَ، فى ظاهِرِ كلامِه. وإنْ أرادَ الوَلِيُّ السَّفَرَ، لم يكنْ له المُسافَرَةُ بمَالِه؛ لأنَّه يُخاطِرُ به، لكِنَّه يُقْرِضُه، أو يُودِعُه أمِينًا، والقَرْضُ أَوْلَى؛ لأنَّه مَضْمونٌ، بخِلافِ الوَدِيعَةِ.

فصل: وله كِتابَةُ رَقِيقِه وعِتْقُه على مالٍ للحَظِّ فيه، مثلَ أنْ يُكاتِبَه أو يُعْتِقَه بمِثْلَىْ قِيمَتِه؛ لأنَّها مُعَاوَضَةٌ، فتَجُوزُ للحَظِّ فيها، كالبَيْعِ. ولا يجوزُ ذلك بمِثْلِ قِيمَتِه؛ لأنَّه لا حَظَّ فيه. قال أبو بكرٍ: يتَوَجَّهُ جَوازُ العِتْقِ بغيرِ عِوَضٍ للحَظِّ، مثلَ أن تكونَ له جارِيَةٌ وابْنَتُها يُساوِيان مِائةً لأجْلِ اجْتِماعِهِما، وتُساوِى إحْداهما مُفرَدَةً مِائتَيْنِ، فتُساوِى قِيمَةُ الباقِيَةِ مِثْلَىْ قِيمَتِهِما[1] مُجْتَمِعَتَيْنِ.

فصل: ويُنْفِقُ عليه نفَقَةَ مثلِه بالمَعْرُوفِ، مِن غيرِ إسْرافٍ ولا إقْتارٍ؛ لقولِ اللَّهِ تعالَى: ﴿وَٱلَّذِينَ إِذَآ أَنفَقُواْ لَمۡ يُسۡرِفُواْ وَلَمۡ يَقۡتُرُواْ﴾[2]. ويُقْعِدُه فى المَكْتَبِ بغيرِ إذْنِ الحاكمِ، ويُؤَدِّى أُجْرَتَه؛ لأنَّه مِن مَصالِحِه العامَّةِ، فجَرَى مَجْرَى نفَقَتِه.

ويَشْتَرِى له الأُضْحِيَةَ إن كان مُوسِرًا؛ لأنَّ فيه تَوْسِعَةً للنَّفَقَةِ عليه فى يومٍ جرَتِ العادَةُ بها، وتَطْيِيبًا لقَلْبِه، فجَرَى مَجْرَى رَفِيعِ الثِّيابِ لِمَن عادَتُه ذلك.

---

(١) فى م: «قيمتها».

(٢) سورة الفرقان ٦٧.

فصل : وللأَبِ بَيْعُ مالِه بمالِه ؛ لأَنَّه غيرُ مُتَّهَم عليه ؛ لكَمالِ شفَقَتِه . وليس ذلك للوَصِىِّ ولا للحاكمِ ؛ لأَنَّهما مُتَّهَمان فى طَلَبِ الحَظِّ لأَنْفُسِهما ، فلم يَجُزْ ذلك لهما .

فصل : وإذا زال الحَجْرُ عنه ، فادَّعَى وَلِيُّه الإِنْفاقَ عليه ، أو تَلَفَ مالِه ، فالقَوْلُ قَوْلُه ؛ لأَنَّه أمِينٌ عليه ، فقُبِلَ قَوْلُه ، كالمُودَعِ . وإنِ ادَّعَى أنَّه لا حَظَّ له[1] فى بَيْعِ عَقَارِه ، لم يُقْبَلْ إلَّا ببيِّنَةٍ . وإن قال الوَلِىُّ : أَنْفَقْتُ عليك عامَيْنِ . فقال : ما مات أبى إلَّا منذُ عامٍ . فالقولُ قولُ الغُلامِ ؛ لأَنَّ الأَصْلَ حَياةُ أبِيه ، وقد اخْتَلفا فيما ليس الوَصِىُّ أَمِينًا فيه ، فكان القولُ قولَ مُدَّعِى الأَصْلِ .

فصل : وإذا بَلَغ الصَّبِىُّ ، وعَقَل المجْنُونُ ، ورَشَدا[2] ، انْفَكَّ الحَجْرُ عنهما [3]مِن غيرِ حُكْمِ حَاكِمٍ[3] ، ولا يَنْفَكُّ قبلَ ذلك ؛ لقولِ اللَّهِ تعالَى : ﴿ وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾[4] . وقِسْنا عليهم المجْنُونَ ؛ لأَنَّه فى مَعْناهم .

والبُلوغُ للغُلامِ بأَحَدِ ثلاثَةِ أَشْياءَ ؛ أحدُها ، إنْزالُ المَنِىِّ ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَـٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَـْٔذِنُوا۟ ﴾[5] . وقولِ النبىِّ

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى س ٢ ، م : « رشد » .

(٣ - ٣) سقط من : م .

(٤) سورة النساء ٦ .

(٥) سورة النور ٥٩ .

ﷺ : « رُفِعَ القَلَمُ[1] عن الصَّبيِّ حتى يَحْتَلِمَ » . رَواه أبو داودَ[2] . والثانى ، كَمالُ خَمْسَ عشْرَةَ سنَةً ؛ لِما روَى ابنُ عُمَرَ قال : عُرِضْتُ على النبيِّ ﷺ وأنا ابنُ أرْبَعَ عشْرَةَ سنَةً ، فلم يُجِزْنِى فى القِتالِ ، وعُرِضْتُ عليه وأنا ابنُ خَمْسَ عشْرَةَ ، فأجازَنِى . مُتَّفَقٌ عليه[3] . والثالثُ ، إنْباتُ الشَّعَرِ الخَشِنِ حَوْلَ القُبُلِ ؛ لِما روَى عَطِيَّةُ القُرَظِىُّ قال : عُرِضْتُ على رسولِ اللَّهِ ﷺ يومَ قُرَيْظَةَ ، فشَكُّوا فِىَّ ، فأمَرَ رسولُ اللَّهِ ﷺ أنْ يُنْظَرَ إلىَّ هل أنْبَتُّ ؟ فنَظَروا فلم يَجِدونى أنْبَتُّ ، فخَلَّوْا عنِّى ، وألْحَقُونِى بالذُّرِّيَّةِ . [4]رَواه أبو داودَ ، [5]والنَّسائىُّ ، وابنُ ماجه[5] ، والتِّرمِذِىُّ ، وقال : حديثٌ حسنٌ صحيحٌ[4] .

---

(١) بعده فى م : « عن ثلاثة » .

(٢) تقدم تخريجه فى ١/ ١٩٨.

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب بلوغ الصبيان وشهادتهم ، من كتاب الشهادات ، وفى : باب غزوة الخندق وهى الأحزاب ، من كتاب المغازى . صحيح البخارى ٣/ ٢٣٢، ٥/ ١٣٧. ومسلم ، فى : باب بيان سن البلوغ ، من كتاب الإمارة . صحيح مسلم ٣/ ١٤٩٠.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الغلام يصيب الحد ، من كتاب الحدود . سنن أبى داود ٢/ ٤٥٣. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى حد بلوغ الرجل ...، من أبواب الجهاد . عارضة الأحوذى ٧/ ٢٠٤. وابن ماجه ، فى : باب من لا يجب عليه الحد ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٢/ ٨٥٠. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ١٧.

(٤ - ٤) فى م : « متفق عليه » ، وفى س ٢: « رواه أبو داود والنسائى » .

(٥ - ٥) سقط من : ف .

والحديث أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الغلام يصيب الحد ، من كتاب الحدود٢/ ٤٥٣. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى النزول على الحكم ، من أبواب السير . عارضة الأحوذى ٧/ ٨٢. والنسائى ، فى : باب حد البلوغ ...، من كتاب قطع السارق . السنن الكبرى ٤/ ٣٤٩. وابن ماجه ، فى : باب من لا يجب عليه الحد ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٢/ ٨٤٩. =

ولأنَّه خارِجٌ يُلازِمُه البُلُوغُ غالبًا، يَسْتَوِى فيه الذَّكَرُ والأُنْثَى، فكانَ بلُوغًا كالاحْتِلامِ.

وبُلُوغُ الجارِيَةِ[1] بهذِه الثَّلاثَةِ وتَزِيدُ بشَيْئَيْنِ؛ الحَيْضُ؛ لقَوْلِ رسولِ اللَّهِ ﷺ: «لا يَقْبَلُ اللَّهُ صَلاةَ حائِضٍ إلَّا بخِمارٍ». رَواه التِّرْمِذِىُّ[2]، وقال: حديثٌ حسَنٌ. ولأنَّه خارِجٌ يُلازِمُ البُلوغَ [١٧٢ظ] غالبًا، أشْبَهَ المَنِىَّ. والثانى، الحَمْلُ؛ لأنَّه لا يكونُ إلَّا مِن المَنِىِّ، فإذا وَلَدَتِ المرأةُ، حكَمْنا ببُلُوغِها حينَ حَكَمْنا بحملِها.

فإن كان خُنْثَى مُشْكِلًا، فحَيْضُه علَمٌ على بُلُوغِه وكَوْنِه امرأةً، وخُروجُ المَنِىِّ مِن ذَكَرِه علَمٌ على بُلُوغِه وكَوْنِه رَجُلًا؛ لأنَّ الحَيْضَ مِن الرجلِ ومَنِىَّ الرجلِ مِن المرأةِ مُسْتَحِيلٌ أو نادِرٌ. وقال القاضى: ليس ذلك بدَليلٍ؛ لجوازِ أن يكونَ مِن خِلْقَةٍ زائدَةٍ، لكنْ إنِ اجْتَمَعا، فقد بَلَغ؛ لأنَّه إن كان رجلًا فقد أَمْنَى، وإن كانَتِ امْرَأةً، فقد حاضَت.

فصل: ويَسْتَوِى الذَّكَرُ والأُنْثَى فى أنَّه يَنْفَكُّ عنه الحَجْرُ برُشْدِه وبُلُوغِه؛ للآيَةِ، ولأنَّ المرْأةَ أحَدُ نَوْعَيِ الآدَمِيِّينَ، فأشْبَهَتِ الرَّجُلَ. وعنه، لا يُدْفَعُ إليها مالُها حتى تَلِدَ، أو تتزَوَّجَ ويَمْضِىَ عليها حَوْلٌ فى بَيْتِ الزَّوْجِ؛ لأنَّ ذلك يُرْوَى عن عُمرَ، رَضِىَ اللَّهُ عنه. فإن لم تتزَوَّجْ، فقال

= كما أخرجه الدارمى، فى: باب حد الصبى متى يقتل، من كتاب السير. سنن الدارمى ٢/ ٢٢٣. والإمام أحمد، فى: المسند ٤/ ٣١٠، ٣٨٣، ٥/ ٣١١، ٣١٢.

(١) فى م: «المرأة».

(٢) تقدم تخريجه فى ١/ ٢٤١.

القاضى : عندِى أنَّه يُدْفَعُ إليها مالُها إذا عَنَسَتْ ، وبرزَت للرِّجالِ .

فصل : والرُّشْدُ الصَّلاحُ فى المالِ ؛ لأنَّ ابنَ عَباسٍ قال فى قولِه تعالَى : ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا ﴾[1] . قال : إصْلاحًا فى أمْوالِهم[2] . ولأنَّ الحَجْرَ عليه لحِفْظِ مالِه ، فيَزُولُ بإصْلاحِه ، كالعَدْلِ ، ولأنَّ الفِسْقَ مَعْنًى لو طَرَأَ بعدَ الرُّشْدِ لم يُوجِبِ الحَجْرَ ، فلم يَمْنَعْ مِن الرُّشْدِ ، كالمَرَضِ . فإن كان فِسْقُه يُؤَثِّرُ فى تَلَفِ مَالِه ؛ كشِراءِ الخَمْرِ ، ودَفْعِه فى الغِناءِ والقِمارِ ، فليس برَشِيدٍ ؛ لأنَّه مُفْسِدٌ لمَالِه .

فصل : وإنَّما يُعْرَفُ رُشْدُه باخْتِبَارِه[3] ؛ لقولِ اللَّهِ تعالَى : ﴿ وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰ ﴾ . يَعْنِى اخْتَبِرُوهم . واخْتِبارُهم تَفْوِيضُ التَّصَرُّفاتِ التى يتَصَرَّفُ فيها أمْثالُهم إليهم ، مِن تِجارَةٍ أو نِيَابَةٍ . ويُفَوَّضُ إلى المرْأةِ ما يُفَوَّضُ إلى رَبَّةِ البَيْتِ ، مِنَ اسْتِئْجارِ الغَزّالاتِ ، وتَوْكِيلِها فى شِرَاءِ الكَتّانِ[4] والقُطْنِ[4] ، والاسْتِيفَاءِ عَلَيْهِنَّ .

ووَقْتُ الاخْتِبَارِ قبلَ البُلوغِ ، فى ظاهِرِ المَذْهَبِ ؛ لقَوْلِه سبحانه : ﴿ وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ ﴾ . ولأنَّ تأْخِيرَه يُؤَدِّى إلى الحَجْرِ على البالغِ الرَّشِيدِ حتى يُخْتَبَرَ . ولا يُخْتَبَرُ إلَّا المُرَاهِقُ المُمَيِّزُ الذى يَعْرِفُ البيعَ والشِّراءَ ، فإذا تصَرَّفَ بإذْنِ وَلِيِّه ، صَحَّ تصَرُّفُه ؛ لأنَّه مُتَصَرِّفٌ بأمْرِ

---

(١) سورة النساء ٦.

(٢) أخرجه ابن جرير فى تفسيره ٤/ ٢٥٢. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٦/ ٥٩.

(٣) فى م : « باختياره » .

(٤ - ٤) زيادة من : ف .

اللَّهِ تعالى ، فصَحَّ تصَرُّفُه كالرَّشِيدِ . وفيه (١ رِوايةٌ أُخرَى١) ، لا يُختَبَرُ إلَّا بعدَ البُلُوغِ ؛ لأنَّه قبلَه ليس بأَهْلٍ[٢] للتَّصَرُّفِ ؛ لأنَّه لم يُوجَدِ البُلوغُ الذى هو مَظِنَّةُ العَقْلِ ، فكان عَقْلُه[٣] بمَنْزِلَةِ المَعْدُومِ . وفى تصَرُّفِ الصَّبىِّ المُمَيِّزِ بإذْنِ وَلِيِّه رِوايَتان ؛ بناءً على هذا . وأمّا غيرُ المأْذُونِ فلا يصِحُّ تصَرُّفُه إلَّا فى الشىءِ اليَسِيرِ ؛ لأنَّ أبا الدَّرْداءِ اشْتَرَى مِن صَبِىٍّ عُصْفُورًا فأَرْسَلَه .

فصل : ومَن لم يُؤْنَسْ منه رُشْدٌ ، لم يُدْفَعْ إليه مالُه ، ولم يَنْفَكَّ الحَجْرُ عنه وإن صار شَيْخًا ؛ للآيَةِ ، ولأنَّه غيرُ مُصْلِحٍ لمالِه ، فلم يُدْفَعْ إليه ، كالمجْنُونِ . وإن فُكَّ الحَجْرُ عنه فعاوَدَ السَّفَهَ ، أُعِيدَ عليه الحَجْرُ ؛ لِما رَوَى عُرْوَةُ بنُ الزُّبَيْرِ أنَّ عبدَ اللَّهِ بنَ جَعْفَرٍ ابْتاعَ بَيْعًا ، فأَتَى الزُّبَيْرَ فقال : إنِّى قد ابْتَعْتُ بَيْعًا ، وإنَّ عَلِيًّا يريدُ أن يَأْتِىَ أميرَ المُؤْمِنِينَ عُثْمانَ فيَسْأَلَه الحَجْرَ عَلَىَّ . فقال الزُّبَيْرُ : أنا شَرِيكُكَ فى البَيْعِ . فأَتَى عَلِىٌّ عُثْمانَ ، فقال : إنَّ ابنَ جَعْفَرٍ قد ابْتاعَ بَيْعَ كذَا ، فاحْجُرْ عليه . فقال الزُّبَيْرُ : أنا شَرِيكُه . فقال عُثْمانُ : كيفَ أحْجُرُ على رَجُلٍ شَرِيكُه الزُّبَيْرُ[٤] ؟ وهذه قِصَّةٌ[٥] يَشْتَهِرُ مثلُها ، ولم تُنْكَرْ ، فتكونُ إجْماعًا : ولأنَّ السَّفَهَ يقْتَضِى الحَجْرَ لو قارَنَ ، فيَقْتَضِيه إذا طَرَأَ ، كالجُنونِ .

ولا يَحْجُرُ عليه إلَّا الإمامُ [١٧٣و] أو نائبُه ؛ لأنَّ عَلِيًّا سأَلَ عُثْمانَ

(١ - ١) فى س ٢، م : « وجه آخر » .

(٢) بعده فى م : « مبيع » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) أخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى ٦/ ٦١ .

(٥) سقط من : الأصل .

الحَجْرَ على ابنِ جَعْفرٍ، ولم يَفْعَلْه بنَفْسِه. ولأنَّ مَعْرِفَةَ التَّبْذِيرِ تَحْتاجُ إلى نَظَرٍ؛ لأنَّ الغَبْنَ[1] قد يكونُ [2]تَبْذِيرًا وقد يكونُ[2] غيرَ تَبْذِيرٍ، فيَحْتاجُ إلى نائبِ الإمامِ، كالحَجْرِ للفَلَسِ، ولأنَّه مُخْتَلَفٌ فيه، أَشْبَهَ الحَجْرَ للفَلَسِ. ولا يَلِى عليه إلَّا الإمامُ أو نائبُه؛ لأنَّه حَجْرٌ ثَبَتَ به، فكان هو الوَلِىَّ، كحَجْرِ المُفْلِسِ.

فصل: ويُسْتَحَبُّ الإشْهادُ عليه وإظْهارُ الحَجْرِ؛ لتُجْتَنَبَ مُعامَلَتُه. فمَن عامَلَه ببَيْعٍ أو قَرْضٍ، لم يَصِحَّ، ولم يَثْبُتْ به المِلْكُ. فإن وَجَد المُعامِلُ[3] له مالَه[4]، أخَذَه. وإن أتْلَفَه السَّفِيهُ، فهو مِن ضمانِ مالِكِه، عَلِمَ أو لم يَعْلَمْ؛ لأنَّه سَلَّطَه عليه برِضاه. وإن غَصَب مالًا أو أتْلَفَه، ضَمِنَه؛ لأنَّ صاحِبَه لم يَرْضَ ذلك، ولأَنَّ الحَجْرَ على الصَّبِىِّ والمجْنُونِ لا يُسْقِطُ عنهما ضَمانَ المُتْلَفِ، فهذا أَوْلَى.

فإن أُودِعَ مالًا فتَلِف، لم يَضْمَنْه، سَواءٌ فَرَّطَ فى الحِفْظِ أو لم يُفَرِّطْ؛ لأنَّه تَلِف بتَفْرِيطِ صاحبِه بتَسْلِيمِه إليه. وإن أتْلَفَه، ففيه وَجْهان؛ أحدُهما، يَضْمَنُه؛ لأنَّ صاحِبَه لم يَرْضَ إتْلافَه، أشْبَهَ المَغْصُوبَ. والثانى، لا يَضْمَنُه؛ لأنَّ صاحِبَه فَرَّطَ فى التَّسْلِيمِ إليه. وإن أقَرَّ بمالٍ، لم يَلْزَمْه حالَ حَجْرِه؛ لأنَّه حُجِرَ عليه لحَظِّه، فلم يُقْبَلْ إقْرارُه بالمالِ، كالصَّبِىِّ

---

(١) فى س ١، ب: «العين».
(٢ - ٢) سقط من: الأصل.
(٣) فى الأصل: «العامل».
(٤) فى م: «مالا».

والمجنُونِ ، ولأنَّ قَبولَ إقْرارِه يُبْطِلُ مَعْنَى الحَجْرِ ؛ لأنَّه يُداينُ الناسَ ، ويُقِرُّ لهم . قال أصْحابُنا : ويلْزَمُه ما أقَرَّ به بعدَ فَكِّ[1] الحَجْرِ عنه ، كالمُفْلِسِ . وفيه نَظَرٌ ؛ لأنَّ الحَجْرَ عليه لعَدَمِ رُشْدِه ، فهو كالصَّبِيِّ ، ولأنَّ ثُبوتَ إقْرارِه فى ذِمَّتِه لا يُفِيدُ الحَجْرُ معه إلَّا تأْخِيرَ الضَّرَرِ إلى أَكْمَلِ حالَتَيْه ، إلَّا أن يرِيدُوا أنَّه يلْزَمُه فيما بينَه وبينَ اللَّهِ تعالَى ، (٢فإنَّ ما٢) كان ثابتًا فى ذِمَّتِه ، لا يَسقُطُ بالحَجْرِ عليه . وإن أقَرَّ بحَدٍّ أو قِصاصٍ ، لَزِمَه ؛ لأنَّه مَحْجُورٌ عليه فى مالِه لا فى نَفْسِه . فإن عَفا وَلِىُّ القِصَاصِ إلى مالٍ ، ففيه وَجْهَان ؛ أحدُهما ، له ذلك ؛ لأن مَن ثَبَت له القِصاصُ ثَبَتَتْ له الخِيَرَةُ ، كما لو ثبَتَ ببَيِّنَةٍ . والثانى ، لا يَصِحُّ ؛ لِئَلَّا يُواطِئَ مَن يُقِرُّ له بالقِصاصِ ، ليَعْفُوَ على مالٍ يأْخُذُه . وإن أقَرَّ بنَسَبٍ ، قُبِلَ ؛ لأنَّه ليس بمالٍ ، ويُنْفَقُ على الغُلامِ مِن بَيْتِ المالِ ؛ لأنَّ إقْرارَ السَّفِيهِ بما يُوجِبُ المالَ غيرُ مَقْبُولٍ .

وإن طَلَّقَ امْرَأَتَه ، صَحَّ ؛ لأنَّ الحَجْرَ لحِفظِ المالِ ، والطَّلاقُ يُوَفِّرُه ولا يُضَيِّعُه . فإنْ خالَعَ ، جاز ؛ لأنَّه إذا جاز الطَّلاقُ بغيرِ مالٍ ، فبالمالِ أوْلَى . ولا تَدْفَعُ المرأةُ المالَ إليه ، فإن فعَلَت ، لم يَصِحَّ القَبْضُ ، ولم تَبْرَأْ منه إلَّا بالدَّفْعِ إلى وَلِيِّه ، وإن تَلِف ، كان مِن ضَمانِها .

فصل : وإن أَذِنَ له الوَلِىُّ فى النِّكاحِ ، صَحَّ منه ؛ لأنَّ حاجَتَه تَدْعُوه إلى ذلك ، وليس بآلَةٍ للتَّبْذِيرِ . وقال القاضى : يَصِحُّ مِن غيرِ إذْنِ الوَلِىِّ ؛ لِما ذكَرْنا . وإن أذِن له فى البيعِ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يَصِحُّ منه ؛ لأنَّه

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢ - ٢) فى الأصل : « فإن » ، وفى م : « فأما ما » .

عَقْدُ مُعاوَضَةٍ، فصَحَّ منه بالإذْنِ، كالنِّكاحِ. والثانى، لا يَصِحُّ؛ لأنَّ المَقْصُودَ منه المالُ، وهو مَحْجُورٌ عليه فيه، ولأنَّ الحَجْرَ عليه لتبْذِيرِه، فالإذْنُ له إذْنٌ فيما لا مَصْلَحَةَ فيه. وإن حَلَف، انْعَقَدَت يَمِينُه؛ لأنَّه مُكَلَّفٌ، ويُكَفِّرُ بالصَّوْمِ؛ لأنَّه مَمْنُوعٌ مِن التَّصَرُّفِ فى المالِ، فأَشْبَهَ العبدَ.

وإن أحْرَمَ بالحَجِّ، صَحَّ؛ لأنَّه مِن أهْلِ العِبَاداتِ، فإن كان فَرْضًا، لَزِمَه إتْمامُه، ويجبُ الإنْفاقُ عليه إلى أنْ يَفْرُغَ[1] منه؛ لأنَّه مالٌ يحتاجُ إليه لأَداءِ الفَرْضِ، فوَجَب. وإن كان تَطَوُّعًا لا تزِيدُ نفقَتُه على نفقَةِ الإقامَةِ، أو تَزِيدُ وله كَسْبٌ إذا أضافَه إليها أمْكَنَه الحَجُّ، لَزِمَه إتْمامُه. وإن لم يَكُنْ كذلك، ففيه وَجْهان؛ أحدُهما، على الوَلِيِّ [١٧٣ظ] تَحْلِيلُه؛ لأنَّ فى إتْمامِه تَضْيِيعًا للمالِ فيما لا يَلْزَمُه. والثانى، ليس له تَحْلِيلُه؛ بِناءً على إحْرامِ العَبْدِ بغيرِ إذْنِ سيِّدِه، ويَتحَلَّلُ بالصَّوْمِ، كالعَبْدِ.

فصل: وإن وَجَب له القِصاصُ، فله اسْتِيفاؤُه؛ لأنَّ القَصْدَ التَّشَفِّى ودَرَكُ الثَّأْرِ. وله العَفْوُ على مالٍ؛ لأنَّه تَحْصِيلُ مالٍ[2]. فإن عَفا إلى غيرِ مالٍ، وقُلْنا: الواجِبُ القِصاصُ عَيْنًا. سَقَط إلى غيرِ شىءٍ. وإن قُلْنا: الواجِبُ أحَدُ شَيْئَيْنِ. وَجَبَتِ الدِّيَةُ؛ لأنَّه ليس له إسْقاطُ المالِ.

فصل: ولا يَنْفُذُ عِتْقُه؛ لأنَّه إتْلافٌ لمالِه. وحُكِىَ عنه أنَّه يَصِحُّ؛ لأنَّه مُكَلَّفٌ مالِكٌ، أشْبَهَ الرّاهِنَ. ويَصِحُّ تَدْبِيرُه ووَصِيَّتُه؛ لأنَّه مَحْضُ

---

(١) فى ف: «يخرج».

(٢) زيادة من: ف.

مَصْلَحَةٍ ؛ لتَقَرُّبه به إلى اللَّهِ تعالَى عندَ غِناه عن المَالِ .

وإن نَذَر عِبادَةً بدَنِيَّةً انْعَقَدَ نَذْرُه ؛ لأنَّه لا حَجْرَ عليه فى بَدَنِه . وإن نَذَر صَدَقَةَ مالٍ ، لم يَصِحَّ ، ويُكَفِّرُ عن نَذْرِه بالصِّيامِ . وقِياسُ قولِ أصْحابِنا أنَّه يلْزَمُه الوَفاءُ به عندَ فَكِّ حَجْرِه ، كالإقْرارِ .

فصل : وهل للمرأةِ الرَّشِيدَةِ التَّبَرُّعُ مِن مالِها بغيرِ إذْنِ زَوْجِها ؟ فيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، لها ذلك ؛ لقولِه تعالى : ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾[1] . وقولِ النبيِّ ﷺ : « يا مَعْشَرَ النِّساءِ ، تَصَدَّقْنَ ولو مِن حُلِيِّكُنَّ »[2] . وقَبُولِه لصَدَقَتِهِنَّ حينَ تصَدَّقْنَ[3] . ولأنَّ مَن وَجَب دَفْعُ مالِه إليه لرُشْدِه ، نَفَذ تصَرُّفُه فيه بغيرِ إذْنِ غيرِه ، كالرَّجُلِ . وعنه ، لا تَهَبُ شيئًا إلَّا بإذْنِ زَوْجِها ، ولا يَنْفُذُ عِتْقُها ؛ لِما رَوَى عبدُ اللَّهِ بنُ عمرٍو أنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ قال : « لَا يَجُوزُ لامْرَأَةٍ عَطِيَّةٌ إلَّا بإذْنِ زَوْجِهَا » . رواه

---

(١) سورة النساء ٦.

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب الزكاة على الزوج والأيتام فى الحجر ، من كتاب الزكاة . صحيح البخارى ٢/ ١٥٠، ١٥١. ومسلم ، فى : باب فضل النفقة والصدقة على الأقربين ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٢/ ٦٩٤، ٦٩٥. والنسائى ، فى : باب الصدقة على الأقارب ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٥/ ٦٩. وابن ماجه ، فى : باب الصدقة على ذى القربى ، من كتاب الزكاة . سنن ابن ماجه ١/ ٥٨٧. والدارمى ، فى : باب أى الصدقة أفضل ، من كتاب الزكاة . سنن الدارمى ١/ ٣٨٩. والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ٣٦٣.

(٣) انظر : صحيح البخارى ٢٣/٢ ، ١٤٠ . صحيح مسلم ٦٠٢/٢ - ٦٠٤ . سنن أبى داود ٢٦١/١ . المجتبى ١٥٢/٣ ، ١٥٧ . سنن ابن ماجه ٤٠٦/١ . سنن الدارمى ٣٧٦/١ - ٣٧٨ . المسند ٢٢٠/١ ، ٢٨٠ ، ٣٣٢ ، ٣٤٠ .

أبو داودَ[1] . وكلامُ أحمدَ عامٌّ فى القَلِيلِ والكثيرِ . وقال أَصْحابُنَا : لها التَّبَرُّعُ بالثُّلُثِ فما دونَ ، وما زاد فعلى رِوايتَيْنِ .

فصل : وهل لها الصَّدَقَةُ مِن مالِه بالشىءِ اليَسِيرِ بغيرِ إذْنِه ؟ فيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، لها ذلك ؛ لأنَّ عائشةَ قالَت : قال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « ما أَنْفَقَتِ المرْأةُ مِن بَيْتِ زَوْجِهَا غيرَ مُفْسِدَةٍ ، كان لها أَجْرُهَا ، وله مثلُه بما كَسَب ، ولها بما أَنْفَقَتْ ، ولِلخازِنِ مثلُ ذلك مِن غيرِ أن يَنْقُصَ مِن أُجُورِهِمْ شَىْءٌ » . وعن أسْماءَ أنَّها قالت : يا رسولَ اللَّهِ ، ليس لى شىْءٌ إلَّا ما أَدْخَلَ علَىَّ الزُّبَيْرُ ، فهل عَلَىَّ جُناحٌ أن أَرْضَخَ[2] مِمَّا يُدْخِلُ عَلَىَّ ؟ قال : « ارْضَخِى ما اسْتَطَعْتِ ، وَلَا تُوعِى ، فيُوعِىَ اللَّهُ عَلَيْكِ » . [3]مُتَّفَقٌ عليهما[3] . ولأنَّ العادَةَ السَّماحُ بذلكَ ، فجَرَى مَجْرَى صَرِيحِ الإذْنِ .

---

(1) فى : باب فى عطية المرأة بغير إذن زوجها ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢/ ٢٦٣.

كما أخرجه النسائى ، فى : باب عطية المرأة بغير إذن زوجها ، من كتاب الزكاة ، ومن كتاب العمرى . المجتبى ٥/ ٤٩، ٦/ ٢٣٦. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ١٧٩، ١٨٤، ٢٠٧.

(2) أى : أعطى شيئا قليلا .

(٣ - ٣) سقط من : م .

والحديث الأول أخرجه البخارى ، فى : باب من أمر خادمه بالصدقة ولم يناول بنفسه ، وباب أجر المرأة الخادم إذا تصدق ...، وباب أجر إذا تصدقت ...، من كتاب الزكاة ، وفى : باب قول اللّه تعالى : ﴿أنفقوا من طيبات ماكسبتم﴾ ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٢/ ١٣٩، ١٤١، ١٤٢، ٣/ ٧٣. ومسلم ، فى : باب أجر الخازن الأمين والمرأة إذا تصدقت ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٢/ ٧١٠.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب المرأة تتصدق من بيت زوجها ، من كتاب الزكاة . سنن أبى داود ١/ ٣٩١، ٣٩٢. والترمذى ، فى : باب فى نفقة المرأة من بيت زوجها ، من أبواب الزكاة . عارضة الأحوذى ٣/ ١٧٧. والنسائى ، فى : باب صدقة المرأة من بيت زوجها ، من كتاب =

والثانيةُ ، لا يجوزُ ؛ لِما روَى أبو أُمَامَةَ قال : سمعتُ رسولَ اللَّهِ ﷺ يقولُ : « لَا تُنْفِقِ المَرْأَةُ شيئًا مِن بَيْتِهَا إلَّا بإذْنِ زَوْجِها » . قيل : يا رسولَ اللَّهِ ، ولا الطَّعامَ ؟ قال : « ذلك أَفْضَلُ أَمْوَالِنَا » . رَواه سعيدٌ ، والتِّرْمِذِيُّ(١) . ولأنَّه تَبَرُّعٌ بمالِ غيرِها ، فلم يَجُزْ ، كالصَّدَقَةِ بثِيَابِه .

= الزكاة . المجتبى ٥/ ٤٩. وابن ماجه ، فى : باب ما للمرأة من مال زوجها ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٧٠. والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ٤٤.

والثانى أخرجه البخارى ، فى : باب الصدقة فى ما استطاع ، من كتاب الزكاة ، وفى : باب هبة المرأة لغير زوجها ...، من كتاب الهبة . صحيح البخارى ٢/ ١٤١، ٣/ ٢٠٧. ومسلم ، فى : باب الحث فى الإنفاق وكراهة الإحصاء ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٢/ ٧١٤.

كما أخرجه النسائى ، فى : باب الإحصاء فى الصدقة ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٥/ ٥٥. والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ٣٤٥.

(١) فى : باب فى نفقة المرأة من بيت زوجها ، من أبواب الزكاة ، وفى : باب ما جاء لا وصية لوارث ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحوذى ٣/ ١٧٦، ١٧٧، ٨/ ٢٧٦.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب تضمين العارية ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/ ٢٦٦. وابن ماجه ، فى : باب ما للمرأة من مال زوجها ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٧٠. والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/ ٢٦٧.

كِتَابُ الصُّلْحِ

وهو ضَرْبان ؛ أحدُهما ، الصُّلْحُ فى الأمْوالِ ، وذلك نَوْعان ؛ أحدُهما ، الصُّلْحُ على الإنْكارِ ، مثلَ أن يَدَّعِىَ على إنسانٍ عَيْنًا فى يَدِه ، أو دَيْنًا فى ذِمَّتِه ، لمُعامَلَةٍ ، أو جِنايَةٍ ، أو إتْلافٍ ، أو غَصْبٍ ، أو تَفْرِيطٍ[1] فى وَدِيعَةٍ ، أو مُضارَبَةٍ ، و[2] نحوِ ذلك ، فيُنْكِرَه ثم يُصالِحَه بمالٍ ، فإنَّه يَصِحُّ إذا كانَ المُنْكِرُ مُعْتَقِدًا بُطْلانَ الدَّعْوَى ، فيَدْفَعُ المالَ افْتِداءً ليَمِينِه ، ودَفْعًا للخُصُومَةِ [١٧٤و] عن نَفْسِه ، والمُدَّعِى يَعْتَقِدُ صِحَّتَها ، فيَأْخُذُه عِوَضًا عن حَقِّه الثابِتِ له ؛ لأنَّه صُلْحٌ[3] يَصِحُّ مع الأجْنَبِىِّ ، فيَصِحُّ بينَ[4] الخَصْمَيْنِ ، كالصُّلْحِ فى الإقْرَارِ ، ويكونُ بَيْعًا فى حقِّ المُدَّعِى ؛ لأنَّه يَأْخُذُ المالَ عِوَضًا عن حقِّه ، فيَلْزَمُه حُكْمُ إقْرَارِه ، حتى لو كانَ العِوَضُ شِقْصًا ، وَجَبَتْ فيه[5] الشُّفْعَةُ . وإنْ وَجَد فيه[6] عَيْبًا ، فله رَدُّه ، ويكونُ إبْراءً فى حَقِّ المُنْكِرِ ؛ لاعْتِقادِه أنَّ مِلْكَه للمُدَّعِى لم يتَجَدَّدْ بالصُّلْحِ ، وأنَّه[7] إنَّما دَفَع المالَ افْتِداءً لنفسِه لا

---

(١) فى م : « تفريطا » .

(٢) فى م : « أو » .

(٣) سقط من : م .

(٤) فى م : « من » .

(٥) زيادة من : ف ، ب .

(٦) فى س ٢، م : « به » .

(٧) فى م : « لأنه » .

عِوَضًا ، فلو كان المُدَّعَى شِقْصًا ، لم تَجِبْ فيه شُفْعَةٌ ، ولو وَجَد به عَيْبًا ، لم يَمْلِكْ رَدَّه ، كمَن اشْتَرَى عَبْدًا قد أَقَرَّ بحُرِّيَّتِه .

فإن كان أحدُهما يَعْلَمُ كَذِبَ نَفْسِه ، فالصُّلْحُ باطِلٌ فى الباطِنِ ، وما يأْخُذُه بالصُّلْحِ حَرامٌ ؛ لأنَّه يَأْكُلُ مالَ أَخِيه بباطِلِه ، ويَسْتَخْرِجُه منه بشَرِّهِ . وهو فى الظاهِرِ صحيحٌ ؛ لأنَّ ظاهِرَ حالِ المسلمين[1] الصِّحَّةُ والحقُّ .

فإن صالَحَ عن المُنْكِرِ أجْنَبِيٌّ ، صحَّ ، فإن كان بإذْنِه ، فهو وَكِيلُه وقائمٌ مَقامَه ، وإن كان بغيرِ إذْنِه ، فهو افْتِداءٌ له ، وإبْراءٌ لذِمَّتِه مِن الدَّيْنِ أو الدَّعْوَى ، وذلك جائزٌ بغيرِ إذْنِه ؛ بدَلِيلِ أنَّ أبا قَتادَةَ قَضَى دَيْنَ المَيِّتِ ولا إذْنَ له[2] . لكنْ إن كان بغيرِ إذْنِه لم يَرْجِعْ عليه ؛ لأنَّ الدَّيْنَ لم يَثْبُتْ عليه ، ولأنَّه أَدَّى عنه ما لم[3] يلْزَمْه أداؤُه ، فكانَ مُتَبَرِّعًا . وإنْ كان بإذْنِه ،

---

(١) فى الأصل ، س ١ : « المسلم » .

(٢) ورد الحديث من رواية سلمة بن الأكوع وأبى قتادة وجابر ؛ فمن رواية سلمة أخرجه البخارى ، فى : باب إن أحال دين الميت على رجل جاز ، من كتاب الحوالة ، وفى : باب من تكفل عن ميت دينا ...، من كتاب الكفالة . صحيح البخارى ٣/ ١٢٤، ١٢٦. والنسائى ، فى : باب الصلاة على من عليه دين ، من كتاب الجنائز . المجتبى ٤/ ٥٢، ٥٣. والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/ ٢٧، ٥٠.

ومن رواية أبى قتادة أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى الصلاة على المديون ، من أبواب الجنائز . عارضة الأحوذى ٤/ ٢٩٠. والنسائى ، فى : باب الصلاة على من عليه دين ، من كتاب الجنائز ، وفى : باب الكفالة بالدين ، من كتاب البيوع . المجتبى ٤/ ٥٢، ٧/ ٢٧٩. والدارمى ، فى : باب فى الصلاة على من مات وعليه دين ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/ ٢٦٣.

ومن رواية جابر أخرجه أبو داود ، فى : باب التشديد فى الدين ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/ ٢٢١. والنسائى ، فى : باب الصلاة على من عليه دين ، من كتاب الجنائز . المجتبى ٤/ ٥٣. والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٣٣٠.

(٣) سقط من : م .

رجَعَ عليه ؛ لأنَّه وَكِيلُه .

وإن صالَحَ الأَجْنَبِيُّ عن نَفْسِه ليَصِيرَ الحقُّ له مِن غيرِ اعْتِرَافٍ للمُدَّعِى بصِحَّةِ الدَّعْوَى ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه يَشْتَرِى مِلْكَ غيرِه . وإنِ اعْتَرفَ بصِحَّةِ دَعْوَاه ، والمُدَّعَى دَيْنٌ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ بَيْعَ الدَّيْنِ لا يَصِحُّ مع الإقْرارِ ، فمع الإنْكَارِ أوْلَى . وإن كان عَيْنًا لا يَقْدِرُ المُصالِحُ على تخليصِها[1] ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ بَيْعَها لا يَصِحُّ مع الإقْرارِ ، فمع الإنْكارِ أوْلَى . وإن كان يَقْدِرُ على اسْتِنْقاذِها ، صحَّ ؛ لأنَّه اشْتَرى منه مالَه المُمْكِنَ تَسْلِيمُه ، فصَحَّ ، كما قُلْنا فى بَيْعِ المَغْصُوبِ . ثم إن قَدَر على انْتِزاعِها ، اسْتَقَرَّ الصُّلْحُ ، وإن عَجَز ، فله الفَسْخُ ؛ لأنَّه لم يُسَلَّمْ له المَعْقُودُ عليه ، فرَجَع فى بدَلِه .

فإن قال الأجْنَبِيُّ للمُدَّعِى : أنا وَكِيلُ المُنْكِرِ فى صُلْحِكَ ، وهو مُعْتَرِفٌ لك فى الباطِنِ ، جاحِدٌ فى الظاهِرِ . فصَالَحَه ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ الصُّلْحَ فى هذه الحالِ لا يَصِحُّ مِنَ المُنْكِرِ ، فكذلك مِن وَكِيلِه . وقال القاضى : يَصِحُّ . ومتى صدَّقَه المُنْكِرُ ، مَلَكَ العَيْنَ ، ولَزِمَه ما أَدَّى عنه . وإن أنْكَرَ ، حَلَفَ وبَرِئَ . وإن دَفَع المُدَّعِى إلى المُنْكِرِ مالًا ليُقِرَّ له ، ففَعَل ، ثَبَت الحقُّ ، وبَطَل الصُّلْحُ ؛ لأنَّه يجبُ عليه الإقْرارُ بالحقِّ ، فلم يَحِلَّ له أخْذُ العِوَضِ عمّا وَجَب عليه .

ولو صالَحَ امْرَأَةً لتُقِرَّ له بالزَّوْجِيَّةِ أو بالرِّقِّ ، لم يَصِحَّ ؛ لذلك ، ولأنَّه يَحْرُمُ عليها بَذْلُ نَفْسِها لمَن يَطَؤُها بعِوَضٍ . وإنْ بذَلَتْ عِوَضًا للمُدَّعِى عن

---

(١) فى م : « تحصيلها » .

دَعْواه، صحَّ؛ لأنَّها تَدْفَعُ شَرَّه عن نَفْسِها، ويأْخُذُ العِوَضَ عن حَقِّه فيها، كعِوَضِ الخُلْعِ. وقيلَ: لا يَصِحُّ فى الزَّوْجِيَّةِ؛ لأنَّ الزَّوْجَ لا يأْخُذُ عِوَضًا عن الزَّوجِيَّةِ[1] فى غيرِ الخُلْعِ.

ولو صالَحَ شاهِدًا ليَتْرُكَ الشَّهادَةَ عليه، أو سارِقًا لِئَلَّا يرْفَعَه إلى السُّلْطانِ، فالصُّلْحُ باطِلٌ؛ لأنَّه لا يَحِلُّ أخْذُ العِوَضِ عن تَرْكِ الشَّهادَةِ الواجِبَةِ، وليس رَفْعُه إلى السُّلْطانِ حقًّا يجوزُ الاعْتِياضُ عنه.

فصل: النَّوْعُ الثانى، الصُّلْحُ مع الاعْتِرافِ، وهو ثلاثَةُ أقْسامٍ؛ أحدُها، أن يَعْتَرِفَ له بدَيْنٍ، فيُبْرِئَه مِن بعضِه، ويَسْتَوْفِىَ باقِيَه، فلا بَأْسَ بذلك؛ لأنَّ الإنْسانَ لا يُمْنَعُ مِن إسْقاطِ حقِّه، ولا مِن اسْتِيفائِه. قال أحمدُ: ولو شفَعَ فيه [١٧٤ظ] شافِعٌ، لم يأْثَمْ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ كلَّمَ غُرَماءَ جابرٍ، فوَضَعُوا عنه الشَّطْرَ[2]، وكَلَّمَ كَعْبَ بنَ مالِكٍ، فوَضَع عن غَرِيمِه الشَّطْرَ[3]. ويجوزُ للقاضِى فِعْلُ ذلك؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ فعَلَه. وإنْ أمْكَنَ

---

(١) فى م: «الزوجة».

(٢) أخرجه البخارى، فى: باب إذا قضى دون حقه أو حلله فهو جائز، وباب إذا قاص أو جازفه فى الدين تمرًا بتمر أو غيره، من كتاب الاستقراض، وفى: باب إذا وهب دينا على رجل، من كتاب الهبة، وفى: باب الصلح بين الغرماء، من كتاب الصلح، وفى: باب علامات النبوة فى الإسلام، من كتاب المناقب. صحيح البخارى ٣/ ١٥٤، ٢١٠، ٢٤٥، ٢٤٦، ٤/ ٢٣٥. وأبو داود، فى: باب ما جاء فى الرجل يموت وعليه دين، من كتاب الوصايا. سنن أبى داود ٢/ ١٠٧. والنسائى، فى: باب قضاء الدين قبل الميراث، من كتاب الوصايا. المجتبى ٦/ ٢٠٥. وابن ماجه، فى: باب أداء الدين عن الميت، من كتاب الصدقات. سنن ابن ماجه ٢/ ٨١٣، ٨١٤. والإمام أحمد، فى: المسند ٣/ ٣١٣.

(٣) أخرجه البخارى، فى: باب التقاضى والملازمة فى المسجد، وباب رفع الصوت فى المساجد، من كتاب الصلاة، وفى: باب كلام الخصوم بعضهم فى بعض، من كتاب=

الغَرِيمَ الوَفاءُ فامْتنَعَ حتى أُبْرِئَ مِن بَعْضِه، لم يَجُزْ؛ لأنَّه هَضْمٌ للحَقِّ، وأكْلُ مالٍ بالباطِلِ. وإن قال الغَرِيمُ: أبْرَأْتُك مِن بَعْضِه، بشَرْطِ أنْ تُوَفِّيَنِى بقِيَّتَه. أو: على أنْ تُوَفِّيَنِى. أو: لِتُوَفِّيَنِى باقِيَه[1]. لم يَصِحَّ؛ لأنَّه جعَلَ إبْراءَه عِوَضًا عمّا أعْطاه، فيكونُ مُعاوِضًا لبعضِ حقِّه ببعضٍ. ولا يَصِحُّ بلَفْظِ الصُّلحِ؛ لأنَّ مَعْنَى: صالِحْنِى عن المِائَةِ بخَمْسِينَ. أى بِعْنِى، وذلك غيرُ جائزٍ؛ لِما ذكَرْنا، ولأنَّه رِبًا. ولو صالحَه عن مِائةٍ مُؤَجَّلَةٍ بخَمْسِين حَالَّةٍ، لم يَجُزْ؛ لذلكَ، ولأنَّ بَيْعَ الحُلُولِ غيرُ جائزٍ. وإن صالحَه عن الحالَّةِ بأقَلَّ منها مُؤَجَّلَةً، لم يَصِحَّ؛ لأنَّ الحالَّ لا يتَأَجَّلُ بالتَّأْجِيلِ، [2]وما يُسْقِطُه لا[2] مُقابِلَ له، إلَّا أن يُسْقِطَه اخْتِيارًا منه بغيرِ عِوَضٍ. ولو اعْتَرفَ له بدارٍ، فصَالحَه على أن يُسْكِنَه فيها مُدَّةً، أو يَبْنِىَ عليها[3] غُرْفَةً، ونحو ذلكَ، لم يَصِحَّ؛ لأنَّه لا عِوَضَ له.

فصل: القِسْمُ الثانى، أن يَعْتَرِفَ له بعَيْنٍ فى يَدِه، فيَهَبَ له بعْضَها ويَسْتَوْفِىَ باقِيَها، فيَصِحُّ؛ لِما ذكَرْنا فى الإبْراءِ إذا فَعَل هذا اخْتِيارًا مِن غيرِ

= الخصومات، وفى: باب الصلح بالدين والعين، من كتاب الصلح. صحيح البخارى ١/ ١٢٣، ١٢٤، ١٢٧، ٣/ ١٦٠، ٢٤٦. ومسلم، فى: باب استحباب الوضع من الدين، من كتاب المساقاة. صحيح مسلم ٣/ ١٩٢. وأبو داود، فى: باب الصلح، من كتاب الأقضية. سنن أبى داود ٢/ ٢٧٣. والنسائى، فى: باب حكم الحاكم فى داره، من كتاب القضاة. المجتبى ٨/ ٢١٠. وابن ماجه، فى: باب الحبس فى الدين والملازمة، من كتاب الصدقات. سنن ابن ماجه ٢/ ٨١١. والدارمى، فى: باب فى إنظار المعسر، من كتاب البيوع. سنن الدارمى ٢/ ٢٦١. والإمام أحمد، فى: المسند ٦/ ٣٩٠.

(١) بعده فى م: «صح». خطأ.

(٢ - ٢) فى م: «لا يسقطه إلا».

(٣) فى س ٢: «بتمكنها».

مَنْعِ الغَرِيمِ، ووَهَب له بغيرِ شَرْطٍ، (١كما ذكَرْنا١) في الإِبْرَاءِ.

فصل: القِسْمُ الثالثُ، أن يَعْتَرِفَ له بعَيْنٍ أو دَيْنٍ، فيُصالِحَه على غيرِه، وذلك ثلاثةُ أضْرُبٍ؛ أحدُها، أن يَعْتَرِفَ له بنَقْدٍ (٢فيُصَالِحَه على نَقْدٍ، فهذا صَرْفٌ يُعْتَبَرُ له شُروطُه. الثاني، أن يَعْتَرِفَ له بنَقْدٍ فيُصَالِحَه على عَرْضٍ[٣]، أو بعَرْضٍ[٤] فيُصَالِحَه على نَقْدٍ أو عَرْضٍ، فهذا بَيْعٌ تَثْبُتُ فيه أحْكامُه كلُّها. الثالثُ، أن يَعْتَرِفَ له، بعَرْضٍ أو نَقْدٍ٢) فيُصالِحَه على مَنْفَعَةٍ؛ كسُكْنَى دارٍ، أو خِدْمَةٍ، فهذا إجارَةٌ تَثْبُتُ فيه أحْكامُها، ولو تَلِفَتِ العَيْنُ التي صالَحَ عليها، بَطَل الصُّلْحُ. فإن كان قد مَضَى بعضُ المُدَّةِ، بَطَل فيما بَقِيَ بقِسْطِه. ولو اعْتَرَفَتِ المرأةُ بدَيْنٍ، فصالحَتْه على أن تُزَوِّجَه نَفْسَها، صحَّ، وكان صداقًا لها، ولو اعْتَرَفَت له بعَيْبٍ في مَبِيعٍ، فصالحَتْه على نِكاحِها، صحَّ، فإن زال العَيْبُ رَجَعت بأَرْشِه؛ لأنَّه الصَّداقُ. ولم يُسَمِّ الخِرَقِيُّ غيرَ[٥] الصُّلْحِ في الإِنْكَارِ صُلْحًا.

فصل: وإذا اعْتَرَفَ له بشيءٍ، لم يَجُزْ أنْ يُصَالِحَ عنه[٦] بأكْثَرَ منه مِن جِنْسِه؛ لأنَّ الزائدَ لا مُقابِلَ له. ولو اعْتَرَفَ بقَتْلٍ خَطأً فصالحَه بأكْثَرَ مِن الدِّيَةِ مِن جِنْسِها، لم يَجُزْ. وإن كان مِن غيرِ جِنْسِها، جاز؛ لأنَّه

(١ - ١) في الأصل: «لما ذكر».
(٢ - ٢) في الأصل: «أو عرض».
(٣) في س ٢: «عوض».
(٤) في س ٢: «بعوض».
(٥) سقط من: م.
(٦) زيادة من: ف.

مُعاوَضَةٌ. ولو أتْلَفَ شيئًا قِيمَتُه مِائةٌ[1]، فصالَحَه على مِائَةٍ وعَشَرَةٍ[2]، لم يَجُزْ؛ لذلك. وإن صالَحَه على عَرْضٍ، جاز وإن كَثُر؛ لأنَّه بَيْعٌ. ولو أجَّلَ العِوَضَ الواجِبَ بالإتْلافِ، لم يَصِرْ مُؤَجَّلًا بتَأْجِيلِه.

فصل: وصُلْحُ المُكاتَبِ، والمَأْذُونِ له مِن العَبِيدِ والصِّبْيانِ، مِن دَيْنٍ لهم ببَعْضِه، لا يَصِحُّ[3]، إذا كان لهم به بَيِّنَةٌ، أو[4] أُقِرَّ لهم به؛ لأنَّه تَبَرُّعٌ وليس لهم التَّبَرُّعُ. فإن كان على الإنْكارِ، صَحَّ؛ لأنَّ اسْتِيفاءَهم للبعضِ عندَ العَجْزِ عن اسْتِيفاءِ الكلِّ أَوْلَى مِن تَرْكِه.

فصل: ويَصِحُّ الصُّلْحُ عن المَجْهُولِ الذى لا سَبِيلَ إلى مَعْرِفَتِه، عَيْنًا كان أو دَيْنًا؛ لِما رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال فى رَجُلَيْنِ اخْتَصَما إليه فى مَوارِيثَ دَرَسَتْ: «اسْتَهِمَا، وتَوَخَّيَا الحَقَّ، ولْيَحْلِلْ أحَدُكُما صاحِبَه». (5رَواه أبو داودَ5). وسَواءٌ كان الجَهْلُ مِن الجانِبَيْنِ، كالحُقُوقِ الدَّارِسَةِ، أو مِمَّن عليه الحَقُّ؛ لأنَّ الحاجَةَ [١٧٥و] تَدْعُو إليه. فأمّا ما يُمْكِنُ معْرِفَتُه، فلا يجوزُ. قال أحمدُ: إن صالَحُوا امْرَأَةً مِن ثُمُنِها، لم يَصْلُحْ[6]، ولو قال

---

(١) سقط من: الأصل.

(٢) فى ب: «عشرين».

(٣) بعده فى م: «إلا».

(٤) فى م: «و».

(٥ - ٥) زيادة من: س ١.

والحديث أخرجه أبو داود، فى: باب فى قضاء القاضى إذا أخطأ، من كتاب الأقضية. سنن أبى داود ٢/ ٢٧١. كما أخرجه الإمام أحمد، فى: المسند ٦/ ٣٢٠.

(٦) فى م: «يصح».

الوُرَّاثُ لبَعْضِهم : نُخْرِجُكَ عن المِيرَاثِ بأَلْفٍ . أكْرَهُ ذلك ، حتى يَعْرِفَه ويَعْلَمَ ما هو ، إنَّما يُصالِحُ الرجلُ (1)الرجلَ على(1) الشيءِ لا يَعْرِفُه ولا يَدْرِى ما هو ، أو يكونُ رَجُلٌ يعْلَمُ مَا لَه على الآخَرِ ، والآخَرُ لا يَعْرِفُه فيُصَالِحُه ، فأمَّا إذا عَلِم فلم يُصَالِحْه ، إنَّما يُرِيدُ أن يَهْضِمَ حقَّه . ولأنَّ هذا لا حاجَةَ إليه ، فلم يَجُزْ ، كبَيْعِ المجْهُولِ .

(1 - 1) فى م : « عن » .

بابُ الصُّلْحِ فيما ليس بمالٍ

يَصِحُّ الصُّلْحُ عن دَمِ العَمْدِ بمالٍ[1] يزيدُ على الدِّيَةِ ويَنْقُصُ عنها ؛ لأنَّ المالَ لم يَتَعَيَّنْ[2] . فإنْ خَرَج العِوَضُ حُرًّا أو مُسْتَحَقًّا ، رَجَع بقِيمَتِه . ولو صالَحَ عن دارٍ فخَرَج العِوَضُ مُسْتَحَقًّا ، رَجَع فى الدّارِ ؛ لأنَّه بَيْعٌ ، فإذا فَسَدَ عِوَضُه تَبَيَّنَّا فسادَه ، والصُّلْحُ فى الدَّمِ إسْقَاطٌ ، فلم يَعُدْ بعدَ سُقُوطِه ، ورَجَع ببَدَلِ العِوَضِ وهو القِيمَةُ .

فصل : إذا أرادَ أن يُجْرِىَ فى أَرْضِ غيرِه ماءً ، له غِنًى[3] عن إجْرائِه فيها ، لم يَجُزْ إلَّا برِضاه ؛ لأنَّ فيه تَصَرُّفًا فى أَرْضِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، فلم يَجُزْ ، كالزَّرْعِ فيها . فإن صالَحَه على مَوْضِعِ القَناةِ ، جاز إذا بَيَّنَّا مَوْضِعَها وطُولَها وعَرْضَها ؛ لأنَّه بَيْعٌ لمَوْضِعٍ مِن أَرْضِه ، ولا حاجَةَ إلى بَيانِ عُمْقِها ؛ لأنَّ قَرارَها لمُشْتَرِيها يُعَمِّقُ ما شاء . وإن شَرَط أنَّ أرْضَها[4] لرَبِّ الأرْضِ ، كان إجارَةً ، يَفْتَقِرُ إلى مَعْرِفَةِ عُمْقِها ومُدَّتِها ، كإجارَتِها للزَّرْعِ . فإن كان رَبُّ الأرْضِ مُسْتَأْجِرًا لها ، جاز أن يُصالِحَ على إجْراءِ ماءٍ فيها فى ساقِيَةٍ مَحْفُورَةٍ مُدَّةً لا تَتَجاوَزُ مُدَّةَ إجارَتِه ، وليس له حَفْرُ ساقِيَةٍ ؛ لأنَّه إحْداثُ

---

(١) فى م : « بما » .

(٢) فى م : « يتبين » .

(٣) فى م : « غناء » .

(٤) فى م : أرضهما » .

شيءٍ لم تتناوَلْه الإجارَةُ، وكذلكَ إن كانَتِ الأرْضُ وَقْفًا عليه.

وإن صالَحَ رَجُلًا على أن يُجرِيَ على سَطْحِه أو أرْضِه ماءَ المَطَرِ، جاز، إذا كان السَّطْحُ الذى يَجْرِى مَاؤُه مَعْلُومًا؛ لأنَّ الماءَ يَخْتَلِفُ بصِغَرِه وكِبَرِه، ومَعْرِفَةِ مَوْضِعِ المِيزابِ الذى يَجْرِى الماءُ إليه؛ لأنَّ ضَرَرَه يَخْتَلِفُ. ولا يَفْتَقِرُ إلى ذِكْرِ المُدَّةِ؛ لأنَّ الحاجَةَ تَدْعُو[1] إلى هذا، ولأَنَّ هذا لا يَسْتَوْفِى به مَنافِعَ السَّطْحِ، بخِلافِ السَّاقِيَةِ.

ومَن كانَتْ له أرْضٌ لها ماءٌ، لا طَرِيقَ له إلَّا فى أرْضِ جارِه، وفى إجْرائِه ضررٌ بجَارِه، لم يَجُزْ إلَّا بإذْنِه؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ الإضْرَارَ به بالتَّصرُّفِ فى مِلْكِه بغيرِ إذْنِه. وإن لم يكنْ فيه ضَرَرٌ، ففيه رِوايَتان؛ إحْداهما، لا يجوزُ؛ لِما تقدَّمَ. والثانيةُ، يجوزُ؛ لِما رُوِىَ أنَّ الضَّحَّاكَ بنَ خَلِيفَةَ ساق خَلِيجًا مِن العُرَيْضِ[2]، فأرادَ أن يَمُرَّ به [3]فى أرْضِ[3] محمدِ بنِ مَسْلَمَةَ، فمَنَعَه، فقال له عُمَرُ: لِمَ تَمْنَعُ جارَكَ ما يَنْفَعُه ولا يَضُرُّكَ، تَشْرَبُه أوَّلًا وآخِرًا؟ فقال له محمدٌ: لا واللَّهِ. فقالَ[4] عمرُ: واللَّهِ لَيَمُرَّنَّ به ولو على بَطْنِكَ. فأمَرَه عُمَرُ، رَضِىَ اللَّهُ عنه، أن يَمُرَّ به، ففَعَلَ. رَواه سعيدٌ[5]. ولأنَّه نَفْعٌ لا ضَرَرَ فيه، فأَشْبَهَ الاسْتِظْلالَ بحائطِه.

---

(١) فى م: «تدعوه».

(٢) العريض: واد بالمدينة. معجم البلدان ٣/ ٦٦١.

(٣ - ٣) فى م: «على».

(٤) بعده فى ب: «له».

(٥) وأخرجه الإمام مالك، فى: باب القضاء فى المرفق، من كتاب الأقضية. الموطأ ٢/ ٧٤٦.

فصل: ولا يجوزُ أن يَشْرَعَ إلى الطَّرِيقِ النَّافِذِ جَناحًا؛ وهو الرَّوْشَنُ[1] على أطْرَافِ خُشُبٍ مَدْفُونَةٍ فى الحائطِ، ولا ساباطًا[2]؛ وهو المُسْتَوْلِى على هَواءِ الطَّرِيقِ على حائِطَيْنِ؛ لأنَّه بِناءٌ فى مِلْكِ غيرِه [١٧٥ظ] بغيرِ إذْنِه، فلم يَجُزْ، كالبِنَاءِ فى أَرْضِ الطَّرِيقِ، ولا مِيزابًا، ولا يَبْنِى فيها دَكَّةً[3]؛ لذلك، ولأنَّه يَضُرُّ بالمارَّةِ، أشْبَهَ بِناءَ بَيْتٍ. ولا يُباحُ ذلك بإذْنِ الإمامِ؛ لأنَّه ليس له الإذْنُ فيما يَضُرُّ المُسْلِمين، وسَواءٌ أضَرَّ فى الحالِ أو لم يَضُرَّ؛ لأنَّ هذا يُرادُ للدَّوامِ، وقد يَحْدُثُ الضررُ فيه. وقال ابنُ عَقِيلٍ: يجوزُ أن يَأْذَنَ الإمامُ فيما لا ضَرَرَ فيه؛ لأنَّه نائبٌ عن المُسْلِمين، فجَرَى مَجْرَى إذْنِه فى الجُلُوسِ.

فصل: ولا يجوزُ أن يَفْعَلَ هذا فى مِلْكِ إنْسانٍ، ولا دَرْبٍ غيرِ نافِذٍ، إلَّا بإذْنِ أهْلِه؛ لأنَّه حَقُّهم، فلم يَجُزِ التَّصَرُّفُ فيه بذلك بغيرِ إذْنِهم. فإن صالحَه المالِكُ أو أهْلُ الدَّرْبِ بشىءٍ مَعْلُومٍ، جاز؛ لأنَّه يجوزُ بإذْنِهم بغيرِ عِوَضٍ، فجاز بعِوَضٍ، كما فى القَرارِ. وقال القاضى: لا يَجُوزُ[4] الصُّلْحُ عن الجَناحِ والسَّاباطِ؛ لأنَّه بَيْعٌ[5] للهَواءِ دُونَ القَرارِ.

فصل: وإذا حَصَلَت أغْصانُ شجَرَتِه فى هَواءِ مِلْكِ غيرِه، فطالَبَه

---

(١) بعده فى ف: «الذى».
والروشن: الشرفة.
(٢) الساباط: سقيفة بين حائطين تحتها ممر نافذ.
(٣) الدكة: بناء يسطح أعلاه للمقعد. وانظر الإنصاف مع المقنع والشرح الكبير ١٣/ ١٨٧.
(٤) فى م: «يصح».
(٥) فى م: «تبع».

بإزالَتِها ، لَزِمَه ذلك ؛ لأنَّ هَواءَ مِلْكِه مِلْكُه . فإن لم يُزِلْه ، فلمالِكِ الأرْضِ إزالَتُها بالقَطْعِ وغيرِه ، كما لو دَخَلَت بَهِيمَةُ جارِه دارَه ، مَلَكَ إخْراجَها . فإن صالحَه على[1] تَرْكِها بعِوَضٍ ، جاز عندَ ابنِ حامِدٍ وابنِ عَقِيلٍ ؛ لأنَّ الجَهالَةَ هلهُنا لا تَمْنَعُ التَّسْلِيمَ ، فلم تَمْنَعِ الصِّحَّةَ ، كالصُّلْحِ على[2] المَوارِيثِ الدّارِسَةِ ، ولأنَّ هذا ممَّا يُحْتاجُ إليه ، ويُسامَحُ فيه ، فجَرَى مَجْرَى سِمَنِ المُسْتَأْجَرِ للرُّكُوبِ وهُزَالِه . وقال القاضى : يَصِحُّ فى اليَابِسِ المُعْتَمِدِ على حائِطٍ ، ولا يَصِحُّ فى الرَّطْبِ ؛ لأنَّه يَزِيدُ ويتَغَيَّرُ ، ولا فى غيرِ المُعْتَمِدِ ؛ لأنَّه لا قَرارَ له . وقال أبو الخَطَّابِ : لا يَصِحُّ فى الجميعِ ؛ لأنَّ الرَّطْبَ يَزِيدُ ويتَغَيَّرُ ، واليابِسَ يَنْقُصُ ويَذْهَبُ .

وإن صالحَه بجُزْءٍ مِن ثَمَرتِها معْلُومٍ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، المَنْعُ ؛ للجَهالَةِ فيه وفى عِوَضِه . والثانى ، يجوزُ ؛ لأنَّ هذا يَكْثُرُ فى الأَمْلاكِ المُتَجاوِرَةِ ، وفى القَطْعِ إتْلافٌ وإضْرارٌ ، فدَعَتِ الحاجَةُ إلى الصُّلْحِ بجُزْءٍ مِن الثَّمَرَةِ ؛ لأنَّه أسْهَلُ . ولو امْتَدَّتْ عُروقُ شَجَرَةٍ حتى أَثَّرَتْ فى بِناءِ غيرِه أو بِئْرِه ، فعليه إزالَتُه ؛ لأنَّ قَرارَ مِلْكِ الإنسانِ مِلْكُه ، فهو كهَوائِه ، ولو مال حائِطُه إلى مِلْكِ جارِه أو طَرِيقٍ ، لَزِمَه إزَالَتُه .

فصل : ليس للإنْسانِ أن يَفْتَحَ فى حائطِ جارِه طاقًا ، ولا يَغْرِزَ فيه وَتِدًا ، ولا مِسْمارًا ، ولا يُحْدِثَ عليه حائطًا ، ولا سُتْرَةً بغيرِ إذْنِه ؛ لأنَّه تَصَرُّفٌ فى مِلْكِ غيرِه بما يَضُرُّ به ، فلم يَجُزْ ، كهَدْمِه .

---

(١) فى الأصل ، ب : « عن » .

(٢) فى م : « عن » .

وليس له وَضْعُ خَشَبِه عليه، إن كان يَضُرُّ بالحائطِ، أو يَضْعُفُ عن حَمْلِه؛ لقَوْلِ النبيِّ ﷺ: «لَا ضَرَرَ ولَا إضْرارَ[1]». وإن كان لا يَضُرُّ، وبه غِنًى عنه، لم يَجُزْ عندَ أكثرِ أصْحابِنا؛ لأنَّه تصرُّفٌ فى مِلْكِ غيرِه بما يَسْتَغْنِى عنه، فلم يَجُزْ، كفَتْحِ الطَّاقِ[2]، وغَرْزِ المِسْمارِ. وأجازَه ابنُ عَقِيلٍ؛ لخبَرِ أبى هُرَيْرَةَ[3]، ولأنَّ ما أُبيحَ لا تُعْتَبَرُ له حقِيقَةُ الحاجَةِ؛ كانْتِزَاعِ الشِّقْصِ المَشْفُوعِ، والفَسْخِ بالعَيْبِ. وإنِ احْتَاجَ إليه بحيث لا يُمْكِنُه التَّسْقِيفُ إلَّا به، جاز؛ لِما روَى أبو هُرَيْرَةَ أنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ قال: «لَا يَمْنَعُ أَحَدُكُمْ جَارَهُ أَنْ يَضَعَ خَشَبَه عَلَى جِدارِهِ». مُتَّفَقٌ عليه[4]. ولأنَّه انْتِفَاعٌ لا ضَرَرَ فيه، دعَتِ الحاجَةُ إليه، فوَجَب بَذْلُه، كفَضْلِ الماءِ لبَهائمِ غيرِه. وذكَرَ القاضِى، وأبو الخَطَّابِ، [١٧٦و] أنَّه لا[5] يجوزُ إلَّا لمَن

---

(١) فى ب، م: «ضرار».

والحديث تقدم تخريجه فى صفحة ٢٥٢ .

(٢) فى م: «الطاقة».

(٣) هو الحديث الآتى.

(٤) أخرجه البخارى، فى: باب لايمنع جار جاره أن يغرز خشبه فى جداره، من كتاب المظالم، وفى: باب الشرب من فم السقاء، من كتاب الأشربة. صحيح البخارى ٣/ ١٧٣، ٧/ ١٤٥. ومسلم، فى: باب غرز الخشب فى جدار الجار، من كتاب المساقاة. صحيح مسلم ٣/ ١٢٣٠.

كما أخرجه أبو داود، فى: باب أبواب من القضاء، من كتاب الأقضية. سنن أبى داود ٢/ ٢٨٣. والترمذى، فى: باب فى الرجل يضع على حائط جاره خشبا، من أبواب الأحكام. عارضة الأحوذى ٦/ ١٠٥. وابن ماجه، فى: باب الرجل يضع خشبة على جدار جاره، من كتاب الأحكام. سنن ابن ماجه ٢/ ٧٨٣. والإمام مالك، فى: باب القضاء فى المرفق، من كتاب الأقضية. الموطأ ٢/ ٧٤٥. والإمام أحمد، فى: المسند ٢/ ٢٤٠، ٢٧٤.

(٥) سقط من: الأصل.

ليس له إلَّا حائطٌ واحِدٌ، ولجارِه ثَلاثَةٌ. وقد يتَعَذَّرُ التَّسْقِيفُ على الحائطَيْن غيرِ المُتَقابِلَيْنِ، فالتَّفْرِيقُ تَحَكُّمٌ.

فأمَّا وَضْعُ الخَشَبِ فى حائطِ المَسْجِدِ مع الشَّرْطَيْنِ، ففيه رِوايَتان؛ إحْداهما، يجوزُ؛ لأنَّ تَجْوِيزَه فى مِلْكِ الآدَمِىِّ المَبْنِىِّ حقُّه على الضِّيقِ، تَنْبِيهٌ على جَوازِه فى حَقِّ اللَّهِ المَبْنِىِّ على المُسامَحةِ والسُّهولَةِ. والثانيةُ، المَنْعُ. اخْتارَها أبو بَكْرٍ؛ لأنَّ الأَصْلَ المَنْعُ، خُولِفَ فى الآدَمِىِّ المُعَيَّنِ، فيَبْقَى فيما عداه على مُقْتَضَى الأَصْلِ. ويتَخَرَّجُ مِن[1] هذه الرِّوايَةِ، أن يُمْنَعَ مِن وَضْعِه فى مِلْكِ الجارِ إلَّا بإذْنِه؛ لِما ذَكَرْنا للرِّوايَةِ الأُولَى. فإن صالَحَه المالِكُ على وَضْعِ خَشَبِه[2] بعِوَضٍ فى المَوْضِعِ الذى يجوزُ له وَضْعُه، لم يَجُزْ؛ لأنَّه يأْخُذُ عِوَضَ ما يجبُ عليه بَذْلُه. وإن كان فى غيرِه، جاز، سواءٌ كانَت إجارَةً فى مُدَّةٍ مَعْلُومةٍ أو على التَّأْبِيدِ، بشَرْطِ كَوْنِ الخشَبِ مَعْلُومًا برُؤْيَةٍ أو صِفَةٍ، والبِناءُ مَعْلُومٌ، وآلاتُه[3] مَعْلُومةٌ. ومتى زال الخشَبُ لسُقُوطِ الحائطِ أو غيرِه، فله إعادَتُه؛ لأنَّه اسْتَحَقَّ بَقاءَه بعِوَضٍ. ولو كان له رسمُ طرحِ خَشَبٍ، فصالَحَه المالِكُ بعِوَضٍ، على أن لا يُعِيدَه عليه، أو لِيُزِيلَه عنه، جاز؛ لأنَّه لمّا جاز أن يُصالِحَ على وَضْعِه جاز على نَزْعِه.

فصل: فإن كان له دارٌ بابُها فى زُقَاقٍ غيرِ نافِذٍ، وظَهْرُها إلى الشّارِعِ، فله فَتْحُ بابٍ إلى الشّارِعِ؛ لأنَّ له حَقًّا فى الاسْتِطْراقِ فيه، وإن كان بابُها

---

(١) فى م: «على».

(٢) فى م: «خشبة».

(٣) فى م: «الآلة».

إلى الشَّارِعِ ، لم يكنْ له فَتْحُ بابٍ إلى الزُّقاقِ للاسْتِطْرَاقِ ؛ لأنَّه لا يجوزُ[1] أن يجْعَلَ لنفْسِه حَقَّ الاسْتِطْرَاقِ فى مَكانٍ مَمْلُوكٍ لأَهْلِه ، لا حَقَّ له فيه . ويَحْتَمِلُ الجوازَ ؛ لِما نذْكُرُه فى الفَصْلِ الذى يَلِيه . وله أن يَفْتَحَ مَكانًا للضَّوْءِ والنَّظَرِ لا يَصْلُحُ للاسْتِطْرَاقِ ؛ لأنَّ له رَفْعَ[2] جميعِ حائطِه ، فرَفْعُ بَعْضِه أَوْلَى . وإن فتحَه بابًا يَصْلُحُ للاسْتِطْرَاقِ ، وقال : لا أجْعَلُه طرِيقًا ، بل أُغْلِقُه وأُسَمِّرُه . ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، له ذلك ؛ لِما ذكَرْنا . والثانى ، لا يجوزُ ؛ لأنَّ البابَ دَلِيلٌ على[3] الاسْتِطْرَاقِ ، فيَجْعَلُ لنَفْسِه حَقًّا . وإن كان له دارانِ بابُ إحْداهما أو بابُهما فى زُقَاقَيْنِ غيرِ نافِذَيْنِ ، بَيْنَهما حائطٌ ، فأَنْفَذَ إحْدَاهُما إلى الأُخْرَى[4] ، جاز فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّ له رَفْعَ الحائطِ مِن بينِهما ، وجَعْلَهما دَارًا واحدةً ، فرَفْعُ بعْضِه أوْلَى . والثانى ، لا يجوزُ ؛ لأنَّه يَجْعَلُ الزُّقاقَيْنِ نافِذَيْنِ ، ويَجْعَلُ الاسْتِطْرَاقَ فى كلِّ واحِدٍ منهما مِن دارٍ لا حَقَّ لها فيه .

وكلُّ مَوْضِعٍ لا يجوزُ ، إذا صالَحَ أهْلَ الدَّرْبِ بعِوَضٍ ، أو أَذِنُوا له بغيرِ عِوَضٍ ، جاز ؛ لأنَّ المَنْعَ لحقِّهم ، فجاز لهم أخْذُ العِوَضِ عنه ، كسائرِ حُقُوقِهم .

فصل : فإن كان بابُه فى زُقَاقٍ غيرِ نافِذٍ ، فأرادَ تَقْدِيمَه نحوَ أَوَّلِه ،

---

(١) بعده فى م : « له » .
(٢) سقط من : الأصل .
(٣) سقط من : الأصل .
(٤) فى م : « الآخر » .

جاز؛ لأنَّه يَتْرُكُ بعضَ حقِّه، وإن قدَّمَه نحوَ آخِرِه، لم يَجُزْ؛ لأنَّه يجْعَلُ لنفسِه[1] الاسْتِطْراقَ في مَوْضِعٍ لم يكنْ له. ويَحْتَمِلُ الجوازَ؛ لأنَّ له رَفْعَ حائطِه كلِّه، فيَمْلِكُ رَفْعَ بَعْضِه، ولأنَّ ما يَلِي حائطَه فِناءٌ[2] له، فمَلَكَ فَتْحَ البابِ فيه، كحالَةِ ابْتِدَاءِ البِناءِ؛ فإنَّ له في ابْتِداءِ البِنَاءِ جَعْلَ بابِه حيثُ شاء، فتَرْكُه له لا يُسْقِطُ حَقَّه منه.

ولو تَنازَعَ صاحِبا[3] البابَيْنِ في الدَّرْبِ، ففيه وَجْهان؛ أحدُهما، يُحْكَمُ بالدَّرْبِ مِن أَوَّلِه إلى البابِ الأَوَّلِ لهما؛ لأَنَّ يدَهما عليه، واسْتِطْراقَهما فيه، وسائرُ الدَّرْبِ للآخَرِ؛ لأَنَّ اليَدَ له لاسْتِطْراقِه وحْدَه. والثاني، هو بينَهما؛ لأنَّ لهما جميعًا [١٧٦ظ] يَدًا وتَصرُّفًا. فعلى الوَجْهِ الأَوَّلِ، لصاحِبِ البابِ الصَّدْرَانِيِّ جَعْلُ آخرِ الدَّرْبِ دِهْلِيزًا يخْتَصُّ به عن سائرِ أهْلِ الدَّرْبِ؛ لأنَّه مِلْكُه خاصَّةً، وعلى الثاني، لا يجوزُ؛ لأنَّه مُشْتَرَكٌ بينَ الجميعِ.

فصل: إذا كان بينَهما حائطٌ مُشْتَرَكٌ فانْهَدَمَ، فدَعا[4] أحدُهما صاحِبَه إلى عِمارَتِه فأَبَى، أُجْبِرَ؛ لأنَّه إنْفاقٌ على مِلْكٍ مُشْتَرَكٍ يُزِيلُ الضَّرَرَ عنهما، فأُجْبِرَ عليه، (٥)كإطْعامِ العبدِ المُشْتَرَكِ، ولأنَّ في تَرْكِه ضَرَرًا، فأُجْبِرَ عليه(٥)

---

(١) سقط من: م.

(٢) في م: «فيئا».

(٣) في الأصل، س ٢: «صاحب».

(٤) في الأصل: «فادعى».

(٥ - ٥) سقط من: م.

كالقِسْمَةِ . فإن لم يَفْعَلْ ، باع الحاكِمُ مالَه ، وأنْفَقَ عليه ، فإن لم يكنْ له مَالٌ ، اقْتَرضَ عليه وأنفقَ ، وإن أنفقَ الشَّرِيكُ بإذْنِه ، أو إذْنِ الحاكِمِ ، رَجَع عليه[1] بالنَّفقَةِ ، والحائطُ بينَهما ، كما كان قبلَ انْهِدامِه . وعنه ، لا يُجْبَرُ ؛ لأنَّه إنْفَاقٌ على مِلْكٍ لا يَجِبُ لو انْفَرَدَ به ، فلم يَجِبْ مع الاشْتِرَاكِ ، كزَرْعِ الأرْضِ .

وإن أرادَ شَرِيكُه بِناءَه ، لم يُمْنَعْ ؛ لأنَّه يُعِيدُ رَسْمًا فى مُشْتَرَكٍ ، فلم يُمْنَعْ ، كوَضْعِ الخَشَبِ الذى له رَسْمٌ . فإن بناه بآلَتِه ، عاد بينَهما كما كان برُسُومِه وحقُوقِه ؛ لأنَّه عادَ بعَيْنِه ، وليس للبانِى[2] فيه إلَّا أثَرُ تَأْلِيفِه . وإن بَناه بآلَةٍ مِن عندِه ، فهو للبانِى[3] ليس لشَرِيكِه الانْتِفَاعُ به ، وللبَانِى[4] نَقْضُه إن شاء ؛ لأنَّه مِلْكُه[5] خاصَّةً . ولو بَذَل له شَرِيكُه نِصْفَ قِيمَتِه لِئَلَّا يَنْقُضَه ، لم يُجْبَرْ على قَبُولِها ؛ لأنَّه لمَّا لم يُجْبَرْ على إنْشائِه ، لم يُجْبَرْ على إبْقائِه . وعلى الرِّوايَةِ الأُولَى ، يُجْبَرُ على تَرْكِه ؛ لأنَّه يُجْبَرُ على إنْشائِه ، فيُجْبَرُ على إبْقائِه . فإن كان للشَّرِيكِ على الحائطِ رَسْمُ انْتِفاعٍ ، قُلْنَا للبانِى[6] : إمَّا أن تَأْخُذَ منه نِصْفَ القِيمَةِ وتُمَكِّنَه مِن إعادَةِ رَسْمِه ، وإمَّا أن تأْخُذَ بِناءَكَ لِيَبْنِىَ معك . لأنَّ القَرارَ مُشْتَرَكٌ بينَهما ، فلم يَجُزْ أن يُسْقِطَ

---

(١) زيادة من : م .

(٢) فى س ١ : « للثانى » .

(٣) فى الأصل ، س ١ ، ب : « للثانى » .

(٤) فى الأصل : « للثانى » .

(٥) فى م : « ملك » .

(٦) فى الأصل ، س ٢ ، ف : « للثانى » .

حَقِّ شَرِيكِه .

فصل : وإن كان السُّفْلُ لأَحَدِهما والعُلْوُ للآخَرِ ، فانْهدَمَ السَّقْفُ[1] الذى بينَهما ، فالحُكْمُ فيه كالحائطِ المُشْتَرَكِ سَواءً ؛ لأَنَّه يَنْفَعُهما ، فهو كالحائطِ بينَهما ، وأَيُّهما هدَمَ الحائِطَ أو السَّقْفَ ، فعليه إعادَتُه ، إلَّا أن يخافَ سُقُوطَه ويجبَ هَدْمُه ، فيَصِيرَ كالمُنْهَدِمِ بنَفْسِه . وإنِ انْهَدَمَتْ حِيطانُ[2] السُّفْلِ ، لم يَمْلِكْ صاحِبُه إجْبارَ صاحِبِ العُلْوِ على مُباناتِه ؛ لأَنَّه مِلْكُه خاصَّةً . وعنه ، يُجْبَرُ ؛ لأَنَّهما يَنْتَفِعان به ، فأَشْبَهَ الحائطَ المُشْتَرَكَ . وهل لصاحِبِ العُلْوِ إجْبارُ صاحبِه على بِنائِه ؟ على رِوايتَيْنِ . وليس لصاحِبِ السُّفْلِ مَنْعُ صاحِبِ العُلْوِ مِن بنائِه إن أرادَه . فإن بَناه بآلَتِه ، فهو على ما كان ، لا يَمْلِكُ أحدُهما نَقْضَه . وإن بناه بغيرِ آلَتِه ، فقال أحمدُ : لا يَنْتَفِعُ به صاحِبُ السُّفْلِ حتى يُؤَدِّىَ القِيمَةَ . فيَحْتَمِلُ أنَّه ليسَ له السُّكْنَى ؛ لأَنَّ فائدَةَ الحِيطَانِ أَكْثَرُها للسُّكْنَى . ويَحْتَمِلُ أنَّه ليس له طَرْحُ الخَشَبِ ، ونَصْبُ الوَتِدِ ونحوِه دُونَ السُّكْنَى ؛ لأَنَّ ذلك هو الانْتِفاعُ بالحائطِ مُباشَرَةً . ولِبانِيه نَقْضُه ؛ لأنَّه مِلْكُه ، ولا يُجْبَرُ على إبْقائِه بالقِيمَةِ ؛ لأَنَّه لا يُجْبَرُ على ابْتِدَائِه .

فصل : فإنْ كان بينَهما دُولابٌ[3] أو ناعُورَةٌ[4] يَحْتَاجُ إلى عِمارَةٍ ،

---

(١) فى ب : « السفل » .

(٢) بعده فى م : « صاحب » .

(٣) الدولاب : الآلة التى تديرها الدابة ليستقى بها .

(٤) الناعورة : دولاب ذو دلاء أو نحوها ، يدور بدفع الماء أوجر الماشية ، فيخرج الماء من البئر أو النهر إلى الحقل .

فذلك كالحائطِ المُنْهَدِمِ سَواءً. وإن كان بينَهما قَناةٌ أو عَيْنٌ، ففى إجْبارِ المُمْتَنِعِ مِن عِمارَتِها رِوايَتان. فإنْ بَنَاهَا[1] أحدُهما، لم يَمْلِكْ مَنْعَ صاحبِه مِن نَصِيبِه؛ لأنَّه ليس له فيها إلَّا أثَرُ الفِعْلِ.

فصل: ليس للمالِكِ التَّصَرُّفُ فى مِلْكِه بما يَضُرُّ جارَه؛ نحوَ أن يَبْنِيَه حَمّامًا بينَ الدُّورِ، أو مَخْبَزًا بينَ العَطّارِين، أو [١٧٧و] يَجْعَلَه دارَ قِصارَةٍ تَهُزُّ الحِيطَانَ، أو يَحْفِرَ بِئْرًا تَجْتَذِبُ ماءَ بِئْرِ جارِه؛ لقولِ النبىِّ ﷺ: «لا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ[2]». [3]رَواه ابنُ ماجه، والدَّارَقُطْنِىُّ بنحوِه[3]. ولأنَّه تَصَرُّفٌ يضُرُّ بجيرانِه، فمُنِعَ منه، كالدَّقِّ الذى يَهُزُّ الحِيطانَ. وليس له سَقْىُ أرْضِه بما[4] يَهْدِمُ حِيطانَهم.

وإن كان له سَطْحٌ أعْلَى مِن سَطْحِ جارِه، فعلى الأَعْلَى بِناءُ سُتْرَةٍ بينَ مِلْكَيْهِما؛ ليَدْفَعَ عنه ضَرَرَ نَظَرِه[5] إذا صَعِد سَطْحَه.

---

(١) فى الأصل: «بناهما»، وفى ف، ب: «نقاها»، وفى م: «نفاها».

(٢) فى س ١، س ٢، ف، ب: «إضرار».

(٣ - ٣) سقط من: م.

والحديث تقدم تخريجه فى صفحة ٢٥٢.

(٤) فى ف: «بماء».

(٥) سقط من: الأصل.



بَابُ الحَوالَةِ

وهى نَقْلُ الدَّيْنِ مِن ذِمَّةِ المُحِيلِ إلى ذِمَّةِ المُحالِ عليه . وهى عَقْدُ إرْفاقٍ مُنْفَرِدٌ بنَفْسِه ، ليسَتْ بَيْعًا ، بدَلِيلِ جَوازِها فى الدَّيْنِ بالدَّيْنِ ، وجَوازِ التَّفَرُّقِ قبلَ القَبْضِ ، واخْتِصاصِها بالجِنْسِ الواحِدِ واسْمٍ خاصٍّ ، فلا يَدْخُلُها خِيارٌ ؛ لأنَّها ليسَتْ بَيْعًا ولا فى مَعْناه ؛ لكَوْنِها لم تُبْنَ على المُغابَنَةِ .

والأَصْلُ فيها قولُ النبىِّ ﷺ : « مَطْلُ الغَنِىِّ ظُلْمٌ ، وإذا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ على مَلِىءٍ فَلْيَتْبَعْ »[1] . مُتَّفَقٌ عليه[2] .

ولا تَصِحُّ إلَّا بشُروطٍ أرْبَعَةٍ[3] ؛ أحدُها ، أن يُحِيلَ على دَيْنٍ مُسْتَقِرٍّ ؛ لأنَّ مُقْتَضاهَا إلْزامُ المُحالِ عليه الدَّيْنَ مُطْلَقًا ، ولا يَثْبُتُ ذلك فيما هو بعَرَضِ السُّقُوطِ . ولا يُعْتَبَرُ اسْتِقْرارُ المُحَالِ به ؛ لجَوازِ أدَاءِ غيرِ المُسْتَقِرِّ ، فلا تجوزُ الحَوَالَةُ بدَيْنِ السَّلَمِ ولا عليه ؛ لأنَّه لا تجوزُ المُعاوَضَةُ[4] به ، ولا عنه . ولو أحالَ الزَّوْجُ زَوْجَتَه قبلَ الدُّخُولِ بصَداقِهَا ، صحَّ ، وإن أحالَتِ المرأةُ به عليه ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه غيرُ مُسْتَقِرٍّ . وإن أحالَ المُشْتَرِى البائعَ بثَمَنِ المَبِيعِ فى

---

(١) بعده فى م : « رواه الجماعة » .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٢٧ .

(٣) فى م : « خمسة » .

(٤) بعده فى م : « عنه » .

مُدَّةِ الخِيَارِ ، صحَّ ، وإن أحالَ البائعُ به عليه ، لم يَصِحَّ ؛ لذلك . وإن أحالَ المُكاتَبُ سَيِّدَه بنَجْمٍ ، فدَخَل عليه ، صَحَّ ، وإن أحالَ سَيِّدُه به[1] عليه ، لم يَصِحَّ ؛ لذلك . وإن أُحِيلَ على المُكاتَبِ بدَيْنٍ غيرِ مالِ الكِتابَةِ ، صَحَّ ؛ لأنَّ حُكْمَه حُكْمُ الأحْرارِ في المُدَايَناتِ . وإن أحالَ مَن (٢لا دَيْنَ عليه٢) على مَن لا دَيْنَ عليه ، فهو تَوْكِيلٌ في الاقْتِراضِ ، وإن أحالَ على مَن له[3] عليه دَيْنٌ ، فهو تَوْكِيلٌ في الاسْتِيفاءِ . وإن أحالَ مَن عليه دَيْنٌ على مَن لا دَيْنَ عليه ، فهو مُلْتَمِسٌ إيفاءَ دَيْنِه ، وليس شيءٌ مِن ذلك حَوالَةً ؛ إذ الحَوَالَةُ تَحَوُّلُ الحَقِّ وانْتِقالُه ، ولا حَقَّ هَاهُنا يتَحَوَّلُ ، وإنَّما جاز التَّوْكِيلُ بلَفْظِ الحَوالَةِ ؛ لاشْتِراكِهما[4] في مَعْنًى ، وهو تَحَوُّلُ المُطالَبَةِ مِن المُوَكِّلِ إلى الوَكِيلِ ، كتَحَوُّلِهَا مِن المُحِيلِ إلى المُحْتالِ .

فصل : الشَّرْطُ الثاني ، تَماثُلُ الحَقَّيْنِ ؛ لأنَّها تَحْوِيلُ الحَقِّ ، فيُعْتَبَرُ تَحَوُّلُه على صِفَتِه ، ويُعْتَبَرُ التَّماثُلُ في ثَلاثَةِ أشْياءَ ؛ الجِنْسُ ، فلو أحالَ مَن عليه أحَدُ النَّقْدَيْنِ بالآخَرِ ، لم يَصِحَّ . والصِّفَةُ ، فلو أحالَ عن المِصْرِيَّةِ بأمِيرِيَّةٍ ، أو عن المُكَسَّرَةِ بصِحاحٍ ، لم يَصِحَّ . والحُلُولُ والتَّأْجِيلُ ، فإن كان أحدُهما حَالًّا والآخَرُ مُؤَجَّلًا ، أو أجَلُ أحَدِهما مُخالِفًا لأجَلِ الآخَرِ ، لم يَصِحَّ . وإن صَحَّتِ الحَوَالَةُ ، فتَراضَيا على خَيْرٍ مِمَّا أُحِيلَ به ، أو دُونِه ، أو تَعْجِيلِه ، أو تأْخِيرِه ، أو الاعْتِياضِ عنه ، جازَ ؛ لأنَّه دَيْنٌ ثابِتٌ ، فجاز فيه ذلك ،

---

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) في م : « عليه دين » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) في م : « لاشتراكها » .

كغيرِ المُحَالِ به[1].

فصل: الشَّرْطُ الثالِثُ، أن تكونَ بمالٍ مَعْلُومٍ على مالٍ مَعْلُومٍ؛ لأنَّه يُعْتَبَرُ فيهما التَّسْلِيمُ والتَّماثُلُ، والجَهالَةُ تَمْنَعُها. ولا تَصِحُّ فيما لا يَصِحُّ السَّلَمُ فيه؛ لأنَّه لا يَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ، وإنَّما تَجِبُ قِيمَتُه بالإتْلافِ. وتَصِحُّ فى كلِّ ما يَثْبُتُ مثلُه فى الذِّمَّةِ بالإتْلافِ؛ مِن الأَثْمانِ والحُبُوبِ والأَدْهانِ. وفيما يَصِحُّ السَّلَمُ [١٧٧ظ] فيه غيرَ ذلك، كالمَذْرُوعِ والمَعْدُودِ، وَجْهانِ؛ أحدُهما، لا تَصِحُّ الحَوالَةُ به؛ لأنَّ المِثْلَ لا يَتَحَرَّرُ فيه، ولهذا لا يُضْمَنُ بمِثْلِه. والثانى، تَصِحُّ؛ لأنَّه يَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ. ويَحْتَمِلُ أنْ يُبْنَى الحُكْمُ فيه على القَرْضِ؛ إنْ قُلْنا: يَقْضِى فى هذا بمِثْلِه. صَحَّتِ الحَوالَةُ به؛ لأنَّه يَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ بغيرِ السَّلَمِ، وإلَّا فلا؛ لأنَّه لا يَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ إلَّا بالسَّلَمِ، ولا تَصِحُّ الحَوالَةُ فى السَّلَمِ. وإن كان عليه إبلٌ مِن قَرْضٍ، وله مثلُ ذلك على آخَرَ، صَحَّتِ الحَوالَةُ بها؛ لأنَّه إن ثَبَت فى الذِّمَّةِ مثلُها، صَحَّتِ الحَوالَةُ، وإن ثَبَت قِيمَتُها، فالحَوالَةُ بها صَحِيحَةٌ. وإن كان له إبلٌ مِن دِيَةٍ، فأحالَ بها على مَن له عليه مثلُها مِن دِيَةٍ أُخْرَى، صَحَّ، ويَلْزَمُه إعْطاؤُه أدْنَى ما يَتَناوَلُه الاسْمُ. وقال أبو الخَطّابِ: فيه وَجْهٌ آخَرُ، أنَّه لا يَصِحُّ. وإن كان عليه إبلٌ مِن الدِّيَةِ، وله مثلُها قَرْضًا، فأحالَ بها، ففيه وَجْهان؛ أحدُهما، يَصِحُّ؛ لأنَّ الخِيَرَةَ فى التَّسْلِيمِ إلى المُحِيلِ، وقد رَضِىَ بتَسْلِيمِ ما لَه فى ذِمَّةِ المُقْتَرِضِ[2]. والثانى، لا يَصِحُّ؛ لأنَّ الواجِبَ فى القَرْضِ[3] فى إحْدَى

---

(١) سقط من: م.

(٢) فى الأصل: «المقرض».

(٣) فى م: «المقرض».

الرِّوايتَيْن القِيمَةُ ، فقد اخْتلَفَ الجِنْسُ . وإن أحالَ المُقْتَرِضُ مَن له الدِّيَةُ بها ، لم يَصِحَّ ، وَجْهًا واحدًا ؛ لأنَّا إن[1] قُلْنا : الواجِبُ القِيمَةُ . فالجِنْسُ مُخْتَلِفٌ . وإن قُلْنا : يجِبُ المِثْلُ . فللمُقرِضِ[2] مثلُ ما أقرضَ فى صِفاتِه وقِيمَتِه ، والذى عليه الدِّيَةُ لا يَلْزَمُه ذلك .

فصل : الشَّرْطُ الرابعُ ، أن يُحِيلَ بِرِضاه ؛ لأنَّ الحَقَّ عليه ، فلا يَلْزَمُه أداؤُه مِن جِهَةٍ بعَيْنِها . ولا يُعْتَبَرُ رِضا المُحالِ عليه ؛ لأنَّ للمُحِيلِ أن يَسْتَوْفِيَ الحَقَّ بنَفْسِه وبوَكِيلِه ، وقد أقامَ المُحْتالَ مُقامَ نَفْسِه فى القَبْضِ ، فلَزِم المُحالَ عليه الدَّفْعُ إليه ، كما لو وَكَّلَه فى الاسْتِيفَاءِ منه . وأمَّا المُحْتالُ ، فإن كان المُحالُ عليه مَلِيئًا ، وهو المُوسِرُ غيرُ المُماطِلِ ، لم يُعْتَبَرْ رِضاه ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « إذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ على مَلِىءٍ فَلْيَتْبَعْ »[3] . ولأنَّ للمُحِيلِ إيفاءَ الحَقِّ بنَفْسِه وبوَكِيلِه ، وقد أقامَ المُحالَ عليه مُقامَه فى الإِيفاءِ ، فلم يكنْ للمُحْتالِ الامْتِناعُ . وإن لم يكنْ مَلِيئًا ، لم يَلْزَمْه أن يَحْتالَ ؛ للحَدِيثِ ، ولأنَّ عليه ضرَرًا فى قَبُولِها ، فلم يلْزَمْه ، كما لو بَذَلَ له دُونَ حقِّه فى الصِّفَةِ ، فإن رَضِىَ بها مع ذلك ، صَحَّتْ ، كما لو رَضِىَ بدُونِ حَقِّه .

فصل : إذا صَحَّتِ الحَوالَةُ بَرِئَ المُحِيلُ مِن الدَّيْنِ ؛ لأنَّه قد تَحَوَّلَ مِن ذِمَّتِه ، فإن تعَذَّرَ الاسْتِيفاءُ[4] مِن المُحالِ عليه ؛ لمَوْتٍ ، أو فَلَسٍ حادِثٍ ، أو مَطْلٍ ، لم يَرْجِعْ على المُحِيلِ ، كما لو أَبْرَأَه . وإن كان مُفْلِسًا حينَ الحَوالَةِ ،

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « فللمقترض » .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٢٧ .

(٤) فى م : « الإيفاء » .

ولم يَرْضَ المُحْتالُ بالحَوالَةِ ، فحَقُّه باقٍ على المُحِيلِ ؛ لأنَّه لا يَلْزَمُه الاحْتِيالُ على مُفْلِسٍ ، وإن رَضِيَ مع العِلْمِ بحالِه ، لم يَرْجِعْ ؛ لأنَّ الذِّمَّةَ بَرِئَتْ مِن الحَقِّ ، فلم تَعُدْ إلى الشُّغلِ ، كما لو كان مَلِيئًا . وإن رَضِيَ مع الجَهْلِ بحالِه ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، لا يَرْجِعُ ؛ لذلك . والثانيةُ ، يَرْجِعُ ؛ لأنَّ الفَلَسَ عَيْبٌ فى المُحالِ عليه ، فكان له الرُّجُوعُ ، كما لو اشْتَرَى مَعِيبًا ثم عَلِم عَيْبَه . وإن شَرَط مَلاءَةَ المُحالِ عليه ، فله شَرْطُه ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « المُؤْمِنُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ » . روَاه أبو داودَ ، [1]وفيه : « المُسْلِمون[1] » . ولأنَّه شَرَط شَرْطًا مَقْصُودًا ، فإذا بان خِلافُه ، مَلَكَ الرَّدَّ كما لو شرَطَه فى المَبِيعِ .

فصل : إذا اشْتَرَى عَبْدًا ، فأحالَ البائعَ بثَمَنِه ، أو أحالَ البائعَ عليه بثَمَنِه ، فبانَ حُرًّا أو مُستَحَقًّا ، فالحَوالَةُ باطِلَةٌ ؛ لأنَّ البَيْعَ باطِلٌ ، ولا دَيْنَ على المُشْتَرِى يُحِيلُ به[2] ولا[2] يُحَالُ به[3] عليه . فإنِ اتَّفَقَ المُحِيلُ والمُحالُ عليه على ذلك ، وكَذَّبَهما [١٧٨و] المُحْتالُ ، لم يُسْمَعْ قَوْلُهما ، كما لو بَاعَا عَبْدًا ثم أَقَرَّا بحُرِّيَّتِه ، ولا تُسْمَعُ لهما بَيِّنَةٌ ؛ لأنَّهما أَكْذَباها بدُخُولِهما[4] فى البَيْعِ . وإن أقامَها العَبْدُ ، سُمِعَتْ ، وبطَلَتِ الحَوالَةُ . وإن صدَّقَهما المُحْتالُ فى حُرِّيَّةِ العَبْدِ ، وادَّعَى أنَّ الحَوالَةَ[5] بدَيْنٍ آخَرَ ، فالقولُ قَوْلُه مع

(١ - ١) سقط من : م .
والحديث تقدم تخريجه فى صفحة ٧٢ .
(٢ - ٢) فى م : « أو » .
(٣) سقط من : م .
(٤) فى م : « لدخولهما » .
(٥) بعده فى الأصل : « له » .

يَمِينِه ؛ لأنَّ الأَصْلَ صِحَّةُ الحَوالَةِ ، فكان صِدْقُه أَظْهَرَ . فإن أقاما بَيِّنَةً بذلك ، سُمِعَتْ ؛ لأَنَّهما لم يُكَذِّباها[1] .

فصل: وإنِ اشْتَرَى عَبْدًا وأحال البائعَ بثَمَنِه ، ثم وجَدَه مَعيبًا[2] ، فرَدَّه[3] قبلَ قَبْضِ المُحْتالِ مِن المُحالِ عليه ، بَطَلَتِ الحَوالَةُ ؛ [4]لأَنَّها بالثَّمَنِ ، وقد[4] سقَطَ بالفَسْخِ . ذكَرَه القاضى . ويَحْتَمِلُ أَنْ لا تَبْطُلَ ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ نَقَل حقَّه إلى ما فى ذِمَّةِ المُحالِ عليه ، فلم تَبْطُلْ بالفَسْخِ ، كما لو أَعْطاه عن الثَّمَنِ ثَوْبًا ، ثم فَسَخ العَقْدَ ، لم يَرْجِعْ فى الثَّوْبِ . وإن كان الرَّدُّ بعدَ قَبْضِ المُحْتالِ ، لم تَبْطُلْ ؛ لأنَّ ذِمَّةَ المُحالِ عليه بَرِئَتْ بالقَبْضِ منه ، ويَرْجِعُ المُشْتَرِى على البائعِ . وإنِ اشْتَرَى عَبْدًا ، فأَحالَ البائعُ عليه أَجْنَبِيًّا بالثَّمَنِ ، فرَدَّه المُشْتَرِى بعَيْبٍ ، لم تَبْطُلِ الحَوالَةُ ؛ لأنَّ ذِمَّةَ المُشْتَرِى بَرِئَتْ بالحَوالَةِ مِن البائعِ ، فصار كأَنَّه قَبَض منه ، وتعَلَّقَ به هاهُنا حقُّ غيرِ المُتَعاقِدَيْن ، وهو المُحْتالُ ، بخِلافِ التى قبلَها ، ويَرْجِعُ المُشْتَرِى على البائعِ بالثَّمَنِ .

فصل: وإذا أمَر رجلًا بقَبْضِ دَيْنٍ له مِن غَرِيمِه ، ثم اخْتلَفا ، فقال أحدُهما : كانَتْ وَكالَةً بلَفْظِها . وقال الآخرُ : كانَتْ حَوالَةً بلَفْظِها . فالقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِى الوَكالَةِ ؛ لأنَّه يَدَّعِى بَقاءَ الحَقِّ على ما كان ، ويُنْكِرُ انْتِقالَه . وإنِ اتَّفَقَا على أنَّه قال : أَحَلْتُكَ بالأَلْفِ . وقال أحدُهما : كانَتْ

---

(١) فى الأصل : « يكذباهما » .

(٢) سقط من : م .

(٣) فى م : « ثم رده » .

(٤ - ٤) فى الأصل : « و » .

حَوالَةٌ حَقِيقَةً . وقال الآخَرُ : كانَتْ وَكالَةً بلَفْظِ الحَوالَةِ . ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، القولُ قولُ مُدَّعِي الوَكالَةِ ؛ لذلك . والثاني ، القولُ قولُ مُدَّعِي الحَوالَةِ ؛ لأنَّ الظاهِرَ معه ، لمُوافَقَتِه الحَقِيقَةَ ، ودَعْوَى الآخَرِ المَجازَ . وإن قال : أحَلْتُكَ بدَيْنِكَ . فهى حَوالَةٌ بكلِّ حالٍ .

فصل : إذا قال المَدِينُ لغَرِيمِه : قد أحَلْتَ بدَيْنِكَ فُلانًا . فأنْكَرَ ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ، فإن أقامَ المَدِينُ بَيِّنَةً بذلك ، سُمِعَتْ ليَسْقُطَ عنه حَقُّ المُحِيلِ ، فإن كانَتْ بحالِها ، فادَّعَى أجْنَبِيٌّ على المَدِينِ أنَّ رَبَّ الدَّيْنِ[1] أحالَه به ، فأنْكَرَه ، فأقامَ الأجْنَبِيُّ بَيِّنَةً ، ثَبَتَ فى حقِّه وحَقِّ الغائبِ ؛ لأنَّ البَيِّنَةَ يُقْضَى بها على الغائبِ ، ولَزِم دَفْعُ الدَّيْنِ إليه . فإن لم يكنْ له بَيِّنَةٌ ، فاعْتَرفَ المَدِينُ له بصِحَّةِ دَعْواه ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يَلْزَمُه الدَّفْعُ إليه ؛ لاعْتِرافِه له بوُجُوبِ حقِّه عليه ، وانْتِقالِ دَيْنِه إليه ، فأَشْبَهَ ما لو قامَتْ به بَيِّنَةٌ . والثاني ، لا يَلْزَمُه الدَّفْعُ إليه ؛ لأنَّه لا يَأْمَنُ إنْكارَ المُحِيلِ ورُجُوعَه عليه ، فكان له الاحْتِياطُ فى تَخْلِيصِ نَفْسِه ، كما لو ادَّعَى الوَكالَةَ . فإن دفَعَه إليه ، ثم أنْكَرَ المُحِيلُ الحَوالَةَ ، وحَلَف ورَجَع على المُحالِ عليه ، فأخَذ منه ، لم يَرْجِعِ المُحالُ عليه على المُحْتالِ ؛ لأنَّه مُعْتَرِفٌ له أنَّه اسْتَوْفَى حقَّه ، وإنَّما المُحِيلُ ظَلَمَه . وإن أنْكَرَ المَدِينُ الحَوالَةَ ، انْبَنَى على الوَجْهَيْنِ ؛ إن قُلْنا : يَلْزَمُه الدَّفْعُ مع الإقْرارِ . لَزِمَتْه اليَمِينُ على الإنْكارِ ، وتكونُ على العِلْمِ ؛ لأنَّها على نَفْيِ فِعْلِ الغَيْرِ . وإن قُلْنا : لا يَلْزَمُه الدَّفْعُ مع الإقْرارِ . لم تَلْزَمْه اليَمِينُ مع الإنْكارِ ؛ لعَدَمِ فائدَتِها ، وليس للمُحْتالِ الرُّجوعُ على المُحِيلِ ؛

(١) فى الأصل : « المال » .

لاعْتِرافِه ببَراءَةِ ذِمَّتِه، ويُسْأَلُ المُحِيلُ، فإن صَدَّقَ المُحْتالَ، ثَبَتَتِ الحَوالَةُ؛ لأنَّ رِضَا المُحالِ عليه غيرُ مُعْتَبَرٍ، وإن كَذَّبَه، حَلَفَ له، وسَقَطَتِ الحَوالَةُ. وإن نَكَلَ المُحالُ عليه عن اليَمِينِ فقُضِىَ عليه، واسْتُوفِىَ منه، [١٧٨ظ] ثم أنْكَرَ المُحِيلُ الحَوالَةَ، فله أن يَسْتَوْفِىَ مِن المُحالِ عليه؛ لأنَّه مُعْتَرِفٌ له بالأَلْفِ، مُدَّعٍ أنَّ المُحْتالَ ظَلَمَه.

فصل: فإن كان عليه دَيْنٌ، فادَّعَى رجلٌ أنَّه وَكِيلُ رَبِّه فى قَبْضِه، فصَدَّقَه، لم يَلْزَمْه دَفْعُه إليه؛ لِما ذَكَرْنا فى الحَوالَةِ، وإن أنْكَرَ، لم تَلْزَمْه اليَمِينُ؛ لأنَّه لا يلْزَمُه الدَّفْعُ مع الإقْرارِ، فلم تَلْزَمْه اليَمِينُ مع الإنْكارِ[1]. فإن دَفَعَه إليه، فأنْكَرَ رَبُّ الدَّيْنِ الوَكالَةَ، حَلَف ورَجَع على الدّافِعِ، ثم رَجَع الدّافِعُ على الوَكِيلِ، إن لم يكنِ اعْتَرفَ بصِدْقِه؛ لأنَّه لم يَثْبُتْ أنَّه وَكِيلٌ، وإن كان اعْتَرفَ له، لم يَرْجِعْ عليه؛ لأنَّه اعْتَرفَ بصِحَّةِ دَعْواه، وأنَّ المُوَكِّلَ ظَلَمَه، فلم يَرْجِعْ على غيرِ ظالمِه. وإن كان المَدْفُوعُ وَدِيعَةً، فوَجَدَها رَبُّها، أخَذَها، وإن تَلِفَتْ فى يَدِ الوَكِيلِ، فلرَبِّها[2] مُطالَبَةُ مَن شاء منهما، فإن طالَبَ الوَكِيلَ، لم يَرْجِعْ على أحَدٍ؛ لأنَّ التَّلَفَ حَصَل فى يَدِه، فاسْتَقَرَّ الضَّمانُ عليه، وإن طالَبَ المُودَعَ، وكان قدِ اعْتَرفَ بالوَكالَةِ، لم يَرْجِعْ على أحَدٍ؛ لِما[3] ذَكَرْناه فى الدَّيْنِ، وإن لم يكنِ اعْتَرفَ للوَكِيلِ، رَجَع عليه.

---

(١) فى س ٢: «الإقرار».

(٢) فى م: «تلزمه».

(٣) فى م: «مما».

فصل : فإن كان عندَ رَجُلٍ دَيْنٌ أو وَدِيعَةٌ ، فجاء رجلٌ فادَّعَى أنَّه وارِثُ صاحِبِهما[1] ، وقد مات ولا وارِثَ له سِواه ، فصَدَّقَه ، لَزِمَه الدَّفْعُ إليه ؛ لأنَّه لا يَخْشَى تَبِعَةً . وإن كَذَّبَه ، فعليه اليَمِينُ أنَّه لا يَعْلَمُ ذلك ؛ لأنَّه لَزِمَه الدَّفْعُ مع الإقْرارِ ، فلَزِمَتْه اليَمِينُ مع الإنْكارِ .

فصل : فإن كان لرجلٍ أَلْفٌ على اثْنَيْنِ ، كلٌّ واحِدٍ منهما ضامِنٌ لصاحِبِه ، فأحالَه أحدُهما بها ، بَرِئا منها ؛ لأنَّ الحَوالَةَ كالتَّقْبِيضِ . وإن أحالَ صاحِبُ الأَلْفِ به على أحَدِهما ، صَحَّتِ الحَوالَةُ ؛ لأنَّها مُسْتَقِرَّةٌ فى ذِمَّةِ كلِّ واحدٍ منهما . وإن أحالَ عليهما جميعًا لِيَسْتَوْفِيَ مِن كلِّ واحدٍ منهما نِصْفَها ، صَحَّتْ ؛ لأنَّ ذلك للمُحِيلِ ، فمَلَكَ الحَوالَةَ به ، وإن أحالَ عليهما لِيَسْتَوْفِيَ مِن أيِّهما شاء ، صَحَّتْ أيضًا ؛ لأنَّه لا فَضْلَ فى نَوْعٍ ولا عَدَدٍ ولا أجَلٍ ، إنَّما هو زِيادَةُ اسْتِيثاقٍ ، فأَشْبَهَ حَوالَةَ المُعْسِرِ على المَلِىءِ ، ولهذا لو أحالاه على واحِدٍ ، صَحَّ .

---

(١) فى النسخ عدا م : « صاحبها » .



كِتابُ الضَّمَانِ

وهو ضَمُّ ذِمَّةِ الضَّامِنِ إلى ذِمَّةِ المَضْمُونِ عنه فى التِزامِ دَيْنِه ، فإذا قال لرجلٍ : أنا ضامِنٌ ما لك على فُلانٍ . أو : أنا به زَعِيمٌ . أو : كَفِيلٌ . أو : قَبِيلٌ . أو : حَمِيلٌ . أو : هو عَلَيَّ . صار ضامِنًا له ، وثَبَت فى ذِمَّتِه مع بَقائِه فى ذِمَّةِ المَدِينِ ، ولصاحِبِ الدَّيْنِ مُطالَبَةُ مَن شاء منهما ؛ لقولِ اللَّهِ تعالَى : ﴿ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴾[1] . وقَوْلِ النبىِّ ﷺ : « الزَّعِيمُ غارِمٌ » . حديثٌ حسَنٌ ، [2]رَواه أبو داودَ ، والتِّرْمِذِىُّ[2] . ورَوَى سَلَمَةُ بنُ الأكْوَعِ أنَّ النبىَّ ﷺ أُتِىَ برَجُلٍ ليُصَلِّىَ عليه ، فقال : « هل عَلَيْهِ دَيْنٌ ؟ » . قالُوا : نعم ، دِينَاران . قال : « هل تَرَكَ لهما وَفاءً ؟ » . قالوا : لا[3] . فقال : « ما تَنْفَعُه صَلاتِى وذِمَّتُه مَرْهُونَةٌ ، ألَا[4] قام أَحَدُكُمْ فَضَمِنَه ؟ » . فقام أبو قَتادَةَ ،

---

(١) سورة يوسف ٧٢.

(٢ - ٢) زيادة من : م .

والحديث أخرجه أبو داود ، فى : باب فى تضمين العارية ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢ / ٢٦٦. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى أن العارية مؤداة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥ / ٢٦٩.

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب الكفالة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٠٤. والإمام أحمد ، فى : المسند ٥ / ٢٦٧، ٢٩٣.

(٣) بعده فى م : « فتأخر ، فقيل : لم لا تصلى عليه ؟ » .

(٤) بعده فى م : « إن » .

فقال: هما عَلَيَّ يارسولَ اللَّهِ. فصَلَّى عليه النبيُّ ﷺ. روَاه البُخارِيُّ[1].

ولا يَبْرَأُ المَضْمُونُ عنه بمُجَرَّدِ الضَّمانِ فى الحَياةِ، رِوايةً واحِدَةً. وفى المَيِّتِ رِوايَتانِ؛ إحْداهُما، يَبْرَأُ؛ لأَنَّ النبيَّ ﷺ صلَّى على المَيِّتِ حينَ ضَمِنَه أبو قَتَادَةَ. والثانيةُ، [١٧٩و] لا يَبْرَأُ، [2]وهى أصَحُّ[2]؛ لِما روَى جابِرٌ أنَّ النبيَّ ﷺ سَأَل أبا قَتادَةَ عن الدِّينارَيْنِ اللَّذَيْن ضَمِنَهما، فقال: قد قَضَيْتُهما، فقال: «الآنَ بَرَّدْتَ جِلْدَتَه». روَاه أحمدُ[3]. ولأنَّه وَثِيقَةٌ بدَيْنٍ، فلم يُسْقِطْه؛ كالرَّهْنِ، وكحَالِ الحَياةِ. ومتى بَرِئَ الغَرِيمُ بأَداءٍ أو إبْرَاءٍ، بَرِئَ الضَّامِنُ؛ لأنَّه تَبَعٌ، فزال بزَوالِ أَصْلِه، كالرَّهْنِ. وإن أُبْرِئَ[4] الضامِنُ، لم يَبْرَأ المَضْمُونُ عنه؛ لأنَّ الوَثِيقَةَ انْحَلَّتْ مِن غيرِ اسْتِيفَاءٍ، فلم يَسْقُطِ الدَّيْنُ، كالرَّهْنِ.

فصل: ولا يَصِحُّ[5] إلَّا مِن جائزِ التَّصَرُّفِ، فأمَّا المَحْجُورُ عليه لصِغَرٍ أو جُنُونٍ أو سَفَهٍ، فلا يَصِحُّ ضَمانُه؛ لأنَّه تَبَرُّعٌ بالْتِزامِ مالٍ، فلم يَصِحَّ منهم، كالنَّذْرِ والصَّدَقَةِ. وخَرَّجَ بعضُ أصْحابِنا ضَمانَ الصبيِّ بإذْنِ وَلِيِّه، على

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٦٨.

ولفظ: «ما تنفعه صلاتى ...». ليس فيما تقدم، وانظر ما أخرجه الطبرانى عن أنس بنحو هذا اللفظ. المعجم الأوسط ٦/ ١٢١. وقال الطبرانى: لا يروى هذا الحديث عن أنس إلا بهذا الإسناد، تفرد به عيسى بن صدقة. وقال الهيثمى: وفيه عبد الحميد بن أمية، وهو ضعيف. مجمع الزوائد ٣/ ٤٠.

(٢ - ٢) سقط من: م، وفى الأصل: «وهو أصح».

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٦٨.

(٤) فى الأصل، ب، م: «أبرأ».

(٥) فى م: «يجوز».

الرِّوايَتَيْنِ فى صِحَّةِ بَيْعِه . وقال القاضى : يَصِحُّ ضَمانُ السَّفِيهِ ، ويُتْبَعُ به بعدَ فَكِّ حَجْرِه . وهذا بعيدٌ ؛ لأنَّ الضَّمانَ مُجَرَّدُ ضَرَرٍ وتَضْيِيعِ مَالٍ ، فلم يَصِحَّ منهما ، كالعِتْقِ .

ولا يَصِحُّ ضَمانُ العَبْدِ والمُكاتَبِ بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِهما ؛ لأنَّه الْتِزامُ مالٍ ، فلم يَصِحَّ منهما بغيرِ إِذْنٍ ، كالنِّكاحِ ، ويَصِحُّ بإِذْنِه ؛ لأنَّ المَنْعَ لِحَقِّه ، فزَالَ بإِذْنِه ، ويُؤَدِّيه المُكاتَبُ مِمَّا فى يَدِه . وهل يتَعَلَّقُ برَقَبَةِ العَبْدِ أو بذِمَّةِ سَيِّدِه ؟ على وَجْهَيْنِ .

فصل : ويَصِحُّ ضَمانُ دَيْنِ المَيِّتِ المُفْلِسِ وغيرِه ؛ لحديثِ أبى قَتادَةَ . ولا يُعْتَبرُ رِضا المَضْمُونِ له ولا المَضْمُونِ عنه ؛ للخَبَرِ ، ولا مَعْرِفَةُ الضَّامِنِ لهما ؛ لأنَّه لا يُعْتَبَرُ رِضاهُما ، فأَشْبَها الأجانِبَ ، ولأنَّ النبىَّ ﷺ لم يَسأَلْ أبا قَتادَةَ عن مَعْرِفَتِهما . ويَحْتَمِلُ أن تُعْتَبَرَ مَعْرِفَتُهما ؛ لِيُؤَدِّىَ إلى أحَدِهما ، ويَرْجِعَ على الآخَرِ بما غَرِم عنه . ويَحْتَمِلُ أن تُعْتَبَرَ مَعْرِفَةُ المَضْمُونِ له ؛ ليُؤَدِّىَ إليه ، ولا تُعْتَبَرَ مَعْرِفَةُ المَضْمونِ عنه ؛ لعَدَمِ المُعامَلَةِ بينَه وبينَه . ولا يَصِحُّ إلَّا بِرِضا الضَّامِنِ ؛ لأنَّه الْتِزَامُ مَالٍ ، فلم يَصِحَّ مِن غيرِ رِضَا المُلْتَزِمِ ، كالنَّذْرِ .

فصل : ويَصِحُّ ضَمانُ الدَّيْنِ اللازِمِ ؛ لخَبَرِ أبى قَتادَةَ ، وضَمانُ الجُعْلِ فى الجَعَالَةِ ؛ لقولِ اللَّهِ تعالَى : ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴾[1] . وضَمانُ كُلِّ حَقٍّ مالِىٍّ لازِمٍ ، أو مَآلُه إلى اللُّزومِ ؛ كالثَّمَنِ

---

(١) سورة يوسف ٧٢.

فى مُدَّةِ الخِيارِ وبعدَها، والأُجْرَةِ، والصَّداقِ قبلَ الدُّخولِ وبعدَه، وأَرْشِ الجِنايَةِ نَقْدًا و[1] حَيَوانًا؛ لأَنَّها حُقُوقٌ مَالِيَّةٌ لازِمَةٌ، أو مآلُها إلى اللُّزومِ، فصَحَّ ضَمانُها، كالدَّيْنِ والجُعْلِ. ويَصِحُّ ضَمانُ الأَعْيَانِ المَضْمُونَةِ، كالغُصُوبِ[2] والعَوارِى؛ لأَنَّها مَضْمُونَةٌ على مَن هى فى يَدِه، فأَشْبَهَتِ الدَّيْنَ.

ويَصِحُّ ضَمانُ عُهْدَةِ المَبِيعِ[3] عن كلٍّ واحِدٍ منهما لصاحبِه؛ وهو أَنْ يَضْمَنَ الثَّمَنَ الواجِبَ بالبَيْعِ قبلَ تَسْلِيمِه، أو[4] إن ظَهَر فيه عَيْبٌ، أوِ اسْتُحِقَّ، أو وَجَد ذلك فى المبيعِ[5]، غَرِمَه الضَّامِنُ؛ لأَنَّ ذلك لازِمٌ، فإنَّه إنَّما يَتَعلَّقُ بالضامِنِ حُكْمٌ لعَيْبٍ أو غَصْبٍ ونحوِهما، وهذا كان مَوْجُودًا حالَ الضَّمانِ، فصَحَّ ضَمانُه، كالدَّيْنِ. وإنِ اسْتَحَقَّ الرُّجوعَ لأَمْرٍ حادِثٍ؛ كتَلَفِ المَبِيعِ قبلَ قَبْضِه، أو أَخْذِه بشُفْعَةٍ، فلا شىءَ على الضامِنِ. وإن ضَمِن البائعُ أو غيرُه للمُشْتَرِى قِيمَةَ ما يُحْدِثُه مِن غِراسٍ أو بِنَاءٍ، أو يلْزَمُه مِن أُجْرَةٍ إنْ خَرَج المَبِيعُ مُسْتَحَقًّا، صَحَّ، ويرجعُ على الضَّامِنِ بما لَزِمَه مِن ذلك؛ لأَنَّه يَسْتَنِدُ إلى أَمْرٍ وُجُودِىٍّ.

ويَصِحُّ أن يَضْمَنَ الضَّامِنَ ضامِنٌ ثَانٍ؛ لأَنَّ دَيْنَه ثابِتٌ، فصَحَّ

---

(١) فى م: «أو».

(٢) فى الأصل: «المغصوب».

(٣) فى الأصل: «البيع».

(٤) فى الأصل، ف، م: «و».

(٥) فى الأصل، م: «البيع».

ضَمانُه[1]، كالأَوَّلِ، ويَصِيرُ الثانى فَرْعًا للضَّامِنِ، حُكْمُه معه حُكْمُ الضَّامِنِ مع الأَصِيلِ.

فصل: ولا يَصِحُّ ضَمانُ الأَماناتِ؛ كالوَدِيعَةِ [١٧٩ظ] ونَحْوِها؛ لأَنَّها غيرُ مَضْمونَةٍ على مَن هى فى يَدِه، فكذلك على ضامِنِه. وإن ضَمِن لصاحِبِها ما يَلْزَمُ بالتَّعَدِّى فيها[1]، صَحَّ. نَصَّ عليه أحمدُ؛ لأَنَّها تَصِيرُ مَضْمُونَةً على المَضْمُونِ عنه.

ولا يَصِحُّ ضَمانُ مَالِ الكِتَابَةِ. وعنه، يَصِحُّ؛ لأَنَّه يجوزُ أن يُضْمَنَ عنه دَيْنٌ آخَرُ. والمَذْهَبُ الأَوَّلُ؛ لأَنَّ مالَ الكِتَابَةِ غيرُ لازِمٍ، ولا يُفْضِى إلى اللُّزُومِ؛ لأَنَّه يَمْلِكُ تَعْجِيزَ نَفْسِه، ولأَنَّ الضَّمانَ لتَوْثِيقِ الحقِّ، وما لا يَلْزَمُ لا يُمْكِنُ تَوْثِيقُه. وفى ضَمانِ مالِ السَّلَمِ رِوايَتان؛ إحْداهُما، يَصِحُّ؛ لأَنَّه دَيْنٌ لازِمٌ، فأَشْبَهَ القَرْضَ. والثانيةُ، لا يَصِحُّ؛ لأَنَّه يُفْضِى إلى اسْتِيفائِه مِن غيرِ المُسْلَمِ إليه، فأَشْبَهَ الحَوَالَةَ به.

فصل: ويَصِحُّ ضَمانُ المَعْلُومِ والمَجْهُولِ قبلَ وُجُوبِه وبعدَه؛ لقَوْلِه تعالَى: ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴾. وحِمْلُ البَعِيرِ يَخْتَلِفُ، وهو غيرُ مَعْلُومٍ، وقد ضَمِنَه قبلَ وُجوبِه، ولأَنَّه الْتِزَامُ حَقٍّ مِن غيرِ مُعَاوَضَةٍ، فأَشْبَهَ النَّذْرَ. وإن قال: أَلْقِ مَتاعَكَ فى البَحْرِ وعَلَىَّ ضَمانُه. صَحَّ؛ لأَنَّه اسْتِدْعاءُ إتْلافٍ (٢ بعِوَضٍ لغَرَضٍ صَحِيحٍ ٢)، فصَحَّ، كقَوْلِه:

---

(١) سقط من: م.

(٢ - ٢) فى الأصل: «بعوض صحيح لغرض».

أعْتِقْ عَبْدَكَ[1] وعَلَيَّ ثَمَنُه .

فصل : ويَصِحُّ ضَمانُ الحالِّ مُؤَجَّلًا ؛ لأَنَّ الغَرِيمَ يلْزَمُه أَدَاؤُه فى جميعِ الأَزْمِنَةِ ، فجاز للضَّامِنِ الْتِزَامُ ذلك فى بَعْضِه ، كبَعْضِ الدَّيْنِ . وإنْ ضَمِنَ المُؤَجَّلَ حالًّا ، لم يَلْزَمْه ؛ لأنَّه لا يَلْزَمُ الأَصيلَ ، فلا يلزمُ الضَّامِنَ ، ويقَعُ الضَّمانُ مُؤَجَّلًا على صِفَتِه فى ذِمَّةِ الضامِنِ . وإن ضَمِن الدَّيْنَ المُؤَجَّلَ ، وقُلْنا : إنَّ الدَّيْنَ يَحِلُّ بالمَوْتِ . فمات أحدُهما ، حَلَّ عليه[2] الدَّيْنُ ، وبَقِىَ فى ذِمَّةِ الآخَرِ إلى أجلِه . ولا يَمْلِكُ وَرَثَةُ الضَّامِنِ الرُّجوعَ [3]على المَضْمُونِ عنه[3] قبلَ الأَجَلِ ؛ لأنَّه لم يَحِلَّ .

فصل : وإذا قَضَى الضامِنُ الدَّيْنَ بإذْنِ المَضْمُونِ عنه ، رَجَع عليه ؛ لأَنَّه قَضَى دَيْنَه بإذْنِه ، فهو كوَكِيلِه . وإن ضَمِن بإذْنِه ، رَجَع عليه ؛ لأنه تَضَمَّنَ الإذْنَ فى الأداءِ ، فأَشْبَهَ ما لو أَذِن فيه صَرِيحًا . وإن ضَمِن بغيرِ إذْنِه ، وقَضَى بغيرِ إذْنِه مُعْتَقِدًا للرُّجُوعِ ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، يَرْجِعُ أيضًا ؛ لأنَّه قَضاءٌ مُبْرِئٌ مِن دَيْنٍ واجِبٍ لم يَتَبَرَّعْ به ، فكان على مَن هو عليه ، كما لو قَضاه الحاكِمُ عندَ امْتِناعِه . والثانيةُ ، لا يَرْجِعُ ؛ لأنَّه تبَرُّعٌ ، فلم يَرْجِعْ به ، كما لو بَنَى دارَه أو عَلَف دابَّتَه بغيرِ إذْنِه . فإنِ اخْتَلفا فى الإذْنِ . فالقولُ قولُ مَن يُنْكِرُه ؛ لأَنَّ الأَصْلَ عدَمُه .

فصل : ويَرْجِعُ الضَّامِنُ بأَقَلِّ الأَمْرَيْن مِمَّا قَضَى أو قَدْرِ الدَّيْنِ ؛ لأنَّه إن

---

(١) بعده فى م : « عنى » .

(٢) سقط من : م .

(٣ - ٣) فى الأصل : « عليه » .

قَضاه بأَقَلَّ منه فإنَّما يَرْجِعُ بما غَرِم ، وإن أَدَّى أَكْثَرَ منه ، فالزائدُ لا يجِبُ أداؤُه ، فقد تبَرَّعَ به . وإن دَفَع عن الدَّيْنِ عَرْضًا ، رَجَع بأَقَلِّ الأَمْرَيْنِ مِن قِيمَتِه أو قَدْرِ الدَّيْنِ . وإن قَضَى المُؤَجَّلَ قبلَ أجَلِه ، لم يَرْجِعْ قبلَ الأجَلِ ؛ لأنَّه تبَرَّعَ بالتَّعْجِيلِ ، وإن أحالَ به الغَرِيمَ ، رَجَع بأَقَلِّ الأَمْرَيْنِ ممَّا أحالَ به أو دَيْنِه ، سَواءٌ قَبَض الغَرِيمُ مِن المُحالِ عليه أو لم يَقْبِضْ ؛ لأنَّ الحَوالَةَ كالتَّقْبِيضِ . وإن ضَمِن الضَّامِنَ ضامِنٌ آخرُ ، فقَضَى الدَّيْنَ ، رَجَع على الضَّامِنِ ، ثم رَجَع الضَّامِنُ على المَضْمُونِ عنه ، وإن قَضاه الضَّامِنُ ، رَجَع على الأَصِيلِ وحدَه ، فإن كان الأَوَّلُ ضَمِن بلا إذْنٍ ، والثانى ضَمِن بإذْنٍ ، رَجَع الثانى على الأَوَّلِ ، ولم يَرْجِعِ الأَوَّلُ على أحَدٍ ، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ .

فصل : وإذا ضَمِنَ بإذْنِه ، فطُولِبَ بالدَّيْنِ ، فله مُطالَبَةُ المَضْمُونِ عنه بتَخْلِيصِه ؛ لأنَّه لَزِمَه الأداءُ بأَمْرِه ، ولا يَمْلِكُ المُطالَبَةَ [١٨٠و] قبلَ ذلك ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ الرُّجُوعَ قبلَ الغَرامَةِ ، فلا يَمْلِكُ المُطالَبَة قبلَ أن يُطالَبَ . وإن ضَمِن بغيرِ إذْنِه ، لم يَمْلِكِ المُطالَبَةَ به ؛ لأنَّه لا دَيْنَ له ، ولا هو وَكِيلُ صاحِبِ الدَّيْنِ ، ولا لَزِمَه الأداءُ بإذْنِ الغَرِيمِ ، فأَشْبَهَ الأجانِبَ .

فصل :وإذا دَفَع المَضْمُونُ عنه قَدْرَ الدَّيْنِ إلى الضامِنِ عِوَضًا عمَّا يَقْضِيه فى الثانى ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه جَعَلَه عِوَضًا عمَّا يجبُ عليه فى الثانى ، فلم يَصِحَّ ، كما لو دَفَع إليه شيئًا عن بَيْعٍ لم يَعْقِدْه ، ويكونُ ما قبَضَه مَضْمُونًا عليه ؛ لأنَّه قبَضَه على وَجْهِ البَدَلِ ، فأَشْبَهَ المَقْبُوضَ ببَيْعٍ فاسِدٍ . وفيه وَجْهٌ آخرُ[1] أنَّه يَصِحُّ ؛ لأنَّ الرُّجُوعَ بسَبَبَيْنِ ؛ ضَمانٍ ، وغُرْمٍ ، فإذا

---

(١) زيادة من : ف ، ب .

وُجِدَ أحدُهما، جاز تَعْجِيلُ المالِ، كتَعْجِيلِ الزَّكاةِ. فإن قَضَى الدَّيْنَ، اسْتَقَرَّ مِلْكُه على ما قَبَض، وإن بَرِئَ قبلَ القَضاءِ، وَجب رَدُّ ما أخَذ، كما يَجِبُ رَدُّ الثَّمَنِ إذا لم يَتِمَّ البيعُ.

فصل: إذا ادَّعَى الضَّامِنُ القَضاءَ، فأنْكَرَه المَضْمُونُ له، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه؛ لأَنَّ الأصْلَ معه، وله مُطالَبَةُ مَن شاء منهما. فإنِ اسْتَوْفَى مِن الضَّامِنِ، لم يَرْجِعْ على المَضْمُونِ عنه إلَّا بأحَدِ القَضاءَيْن؛ لأَنَّه يَدَّعِى أنَّ المَضْمُونَ له[1] ظَلَمَه بالأَخْذِ الثانى، فلا يَرْجِعُ به على غيرِه. وفيما يرْجِعُ به وَجْهان؛ أحدُهما، بالقَضاءِ الأوَّلِ؛ لأنَّه قَضَاءٌ صحيحٌ، والثانى ظُلْمٌ. والوَجْهُ الثانى، يَرْجِعُ بالقَضاءِ الثانى؛ لأنَّه الذى أَبْرَأَ الذِّمَّةَ ظاهِرًا. فأمَّا إنِ اسْتَوْفَى مِن المَضْمُونِ عنه، فهل للضامِنِ الرُّجُوعُ عليه؟ يُنْظَرُ؛ فإن كذَّبَه المَضْمُونُ عنه فى القَضاءِ[2]، لم يَرْجِعْ؛ لأَنَّه لم يَثْبُتْ صِدْقُه، وإن صدَّقَه، وكان قد فَرَّطَ فى القَضاءِ، لم يَرْجِعْ بشَىْءٍ؛ لأنَّه أَذِن له فى قَضاءٍ مُبْرِئٍ و[3]لم يُوجَدْ، وإن لم يُفَرِّطْ، رجَعَ. وسنَذْكُرُ التَّفْرِيطَ فى الوَكالَةِ إن شاء اللَّهُ تعالى. فإنِ اعْتَرَفَ المَضْمُونُ له بالقَضاءِ، وأنْكَرَ المَضْمُونُ عنه، لم يُلْتَفَتْ إلى إنْكارِه؛ لأنَّ الدَّيْنَ حَقٌّ للمَضْمُونِ له، فإذا أَقَرَّ بقَبْضِه، فقد أَقَرَّ أنَّه صار للضَّامِنِ، ولأنَّه ثَبَت القضاءُ بالإقْرارِ، فمَلَكَ الرُّجُوعَ به، كما لو ثَبَت ببَيِّنَةٍ. وفيه وَجْهٌ آخرُ، أنَّ القولَ قولُ المَضْمُونِ عنه؛ لأنَّه مُنْكِرٌ.

---

(١) فى م: «عنه».

(٢) فى م: «الأداء».

(٣) سقط من: م.

بابُ الكَفالَةِ

تَصِحُّ الكَفالَةُ ببَدَنِ كلِّ مَن يَلْزَمُه الحُضُورُ فى مَجْلِسِ الحاكمِ بحَقٍّ يصِحُّ ضَمانُه؛ لأنَّه حَقٌّ لازِمٌ، فصَحَّتِ الكَفالَةُ به، كالدَّيْنِ. ولا تصِحُّ بمَن عليه حَدٌّ أو قِصاصٌ؛ لأَنَّها تُرادُ للاستِيثاقِ بالحقِّ، وهذا ممَّا يُدْرَأُ بالشُّبُهاتِ. ولا تصِحُّ بالمُكاتَبِ؛ لأنَّه لا يلْزَمُه الحُضُورُ، فلا يلْزَمُ غيرَه إحْضَارُه، كالأجانِبِ. وتَصِحُّ الكَفالَةُ بالأَعْيانِ المَضْمُونَةِ، كالغُصُوبِ والعَوارِى؛ لأنَّه يَصِحُّ ضَمانُها. ولا تَصِحُّ فى الأماناتِ إلَّا بشَرْطِ التَّعَدِّى فيها، كضمانِها سَواءً.

فصل: وإذا صَحَّتِ الكَفَالَةُ، فتعَذَّرَ إحْضارُ المَكْفُولِ به، لَزِمَه ما عليه؛ لقولِ النبىِّ ﷺ: «الزَّعِيمُ غارِمٌ»[1]. ولأنَّها أحَدُ نَوْعَيِ الكَفالَةِ، فوَجَب الغُرْمُ بها، كالضَّمانِ.

فإن غاب المَكْفُولُ به، أُمْهِلَ كَفِيلُه قَدْرَ ما يَمْضِى إليه فيُعِيدُه؛ لأنَّ ما لَزِم تَسْلِيمُه لم يلْزَمْ إلَّا بإمكانِ التَّسْليمِ، فإن مَضَى زَمَنُ الإمْكانِ ولم يَفْعَلْ، لَزِمَه ما عليه، أو بَدَلُ[2] العَيْنِ التى تكَفَّلَ بها. فإن ماتَ، [١٨٠ظ]

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٩٧ .

(٢) فى الأصل،س ٢، م: «بذل».

أو تَلِفَتِ العَيْنُ بفِعْلِ اللَّهِ تعالى ، سقَطَتِ الكَفالَةُ ؛ لأنَّ الحُضُورَ سَقَط عن المَكْفُولِ به ، فبَرِئَ كَفِيلُه ، كما يَبْرَأُ الضّامِنُ ببَراءَةِ المَضْمُونِ عنه . ويَحْتَمِلُ أن لا تَسْقُطَ ، ويُطالَبَ بما عليه . وإن سلَّمَ المَكْفُولُ نفْسَه ، أو بَرِئَ مِن الحقِّ بأداءٍ أو إبْراءٍ ، بَرِئَ كَفِيلُه ؛ لأنَّ الحقَّ سقَطَ عن الأَصِيلِ ، فبَرِئَ الكَفِيلُ ، كالضَّمانِ . وإن أَبْرِئَ[1] الكَفِيلُ ، صَحَّ ، كما يَصِحُّ إبْرَاءُ الضَّامِنِ ، ولا يَبْرَأُ المَكْفُولُ به ، كالضَّمانِ . وإن قال رجلٌ : أَبْرِئَ الكَفِيلَ ، وأَنا كَفِيلٌ بمَن تكَفَّلَ به . ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يَصِحُّ ؛ لأنَّه نقَلَ الضَّمانَ إلى نَفْسِه ، فصَحَّ ، كما لو أحالَ الضّامِنُ المَضْمُونَ له على آخَرَ . والثانى ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه شَرَط فى الكَفالَةِ أن يُبْرِئَ الكَفِيلَ ، وهو شَرْطٌ فاسِدٌ ، فمنَعَ صِحَّةَ العَقْدِ .

فصل : وإذا قال : أنا كَفِيلٌ بفُلَانٍ . أو : بنَفْسِه . أو : بدَنِه . أو : وَجْهِه . صَحَّتِ الكَفَالَةُ[2] . وإن كَفَل ببَعْضِ جَسَدِه[3] ، فقال القاضى : لا تَصِحُّ ؛ لأنَّ ما لا يَسْرِى إذا خُصَّ به بَعْضُ الجَسَدِ ، لم يَصِحَّ ، كالبيعِ . وقال غيرُه : إن كَفَل بعُضْوٍ لا تَبْقَى الحياةُ بدُونِه ؛ كالرَّأْسِ ، والقَلْبِ ، والظَّهْرِ ، صَحَّتْ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ تَسْلِيمُه بدُونِ تَسْليمِ البَدَنِ ، فأَشْبَهَ الوَجْهَ . وإن كَفَل بغيرِها ؛ كاليَدِ ، والرِّجْلِ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا تَصِحُّ ؛ لأنَّ تَسْلِيمَه بدُونِ البَدَنِ مُمْكِنٌ . والثانى ، تَصِحُّ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ تَسْلِيمُه على

---

(١) فى ف ، ب ، م : « أبرأ » ، وفى س ٢ : « برئ » .

(٢) بعده فى ف : « له » .

(٣) فى م : « بدنه » .

صِفَتِه دُونَ البَدَنِ ، فأَشْبَهَ الوَجْهَ .

فصل : إذا علَّقَ الكَفالَةَ والضَّمانَ على شَرْطٍ ، أو وَقَّتَهما ، فقال : أنا كَفِيلٌ بفُلانٍ شَهْرًا . أو[1] : إن قَدِمَ الحاجُّ ، أو زَيْدٌ ، فأنا كَفِيلٌ بفُلانٍ ، أو ضامِنٌ ما عليه . فقال القاضى : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه إثْباتُ حقٍّ لآدَمِىٍّ ، فلم يَجُزْ ذلك فيه ، كالبيعِ . وقال أبو الخطابِ ، والشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ : يَصِحُّ ؛ لأنَّه ضَمانٌ أو كَفالَةٌ ، فصَحَّ تَعْلِيقُه على شَرْطٍ ، كضَمانِ العُهْدَةِ . فعلى هذا ، لو قال : كفَلْتُ بفُلَانٍ ، على أنِّى إن جِئْتُ به ، وإلَّا فأنا كَفِيلٌ بفُلانٍ ، أو ضامِنٌ ما عليه . صَحَّ فيهما عندَهما ، ولم يَصِحَّ عندَ القاضى ؛ لأنَّ الأَوَّلَ مُؤَقَّتٌ ، والثانى مُعَلَّقٌ على شَرْطٍ .

فصل : وتَصِحُّ الكَفَالَةُ ببَدَنِ الكَفِيلِ ، كما يَصِحُّ ضَمانُ دَيْنِ الضَّامِنِ ، وتجوزُ حَالَّةً ومُؤَجَّلَةً ، كالضَّمانِ ، ولا تجوزُ إلى أجَلٍ مَجْهُولٍ ؛ لأنَّه حَقٌّ لآدَمِىٍّ ، فلم يَجُزْ إلى أجَلٍ مَجْهُولٍ ، كالبيعِ . وتجوزُ الكَفالَةُ مُطْلَقَةً ، ومُقَيَّدَةً بالتَّسْلِيمِ فى مَكانٍ بعَيْنِه ، فإن أطْلَقَ ، ففى أىِّ مَوْضِعٍ أحْضَرَه وسَلَّمَه إليه على وَجْهٍ لا ضَرَرَ عليه ، بَرِئَ ، وإن كان عليه ضَرَرٌ ، لم يَبْرَأْ بتَسْلِيمِه ، وكذلك إذا سَلَّمَه قبلَ المَحِلِّ ؛ قِياسًا على مَن سلَّمَ المُسْلَمَ فيه قبلَ مَحِلِّه ، أو غيرِ مكانِه .

وإن كَفَلَ واحِدٌ لاثْنَيْنِ ، فسَلَّمَه إلى أحَدِهما ، أو أبْرَأَه أحدُهما ، لم يَبْرَأْ مِن الآخَرِ ؛ لأنَّه حَقٌّ لاثْنَيْنِ ، فلم يَبْرَأْ بأدَاءِ حَقِّ أحَدِهما ، كالضَّمانِ .

---

(١) فى م : « و » .

وإن كَفَل اثْنانِ لرَجُلٍ ، فأَبْرَأَ أحدَهما ، لم يَبْرَأُ الآخَرُ ، كما فى الضَّمانِ . وإن سلَّمَه أحدُهما لم يَبْرَأُ الآخَرُ ؛ لأنَّه بَرِئَ مِن غيرِ اسْتِيفاءِ الحقِّ ، فلم يَبْرَأْ صاحِبُه ، كما لو بَرِئَ بالإبْرَاءِ . ويَحْتَمِلُ أن يَبْرَأَ ، كما لو أَدَّى أحَدُ الضَّامِنَيْن الدَّيْنَ . وإن قال الكَفِيلُ أو الضَّامِنُ : بَرِئْتُ ممَّا كَفَلْتُ به . لم يكنْ إقْرارًا بقَبْضِ الحقِّ ؛ لأنَّه قد يَبْرَأُ بغيرِ ذلك .

فصل : إذا طُولِبَ الكَفِيلُ بإحْضارِ المَكْفُولِ به ، لَزِمَه أن يَحْضُرَ معه ؛ لأنَّه وكيلٌ فى إحْضَارِه ، وإن أرادَ إحْضارَه مِن غيرِ طَلَبٍ ، [١٨١و] والكَفالَةُ بإذْنِه ، لَزِمَه الحُضُورُ معه ؛ لأنَّه شَغَل ذِمَّتَه مِن أجْلِه بإذْنِه ، فكان عليه تَخْلِيصُه ، كما لو اسْتَعارَ عبدَه فرَهَنَه ، وإن كَفَل بغيرِ إذْنِه ، لم يلْزَمْه الحُضُورُ معه ؛ لأنَّه لم يَشْغَلْ ذِمَّتَه ، ولا له قِبَلَه حَقٌّ .

فصل : إذا كَفَل إنْسانًا أو ضَمِنَه ، ثم قال : لم يكنْ عليه حَقٌّ . فالقولُ قولُ خَصْمِه ؛ لأنَّ ذلك لا يكونُ إلَّا بمَن عليه حَقٌّ . فإقْرارُه به إقْرارٌ بالحَقِّ . وهل يلْزَمُ الخَصْمَ اليَمِينُ ؟ فيه وَجْهان ، مضَى تَوْجِيههما فى مَن أَقَرَّ بتَقْبِيضِ الرَّهْنِ ثم أنْكَرَه ، وطَلَب يَمِينَ المُرْتَهِنِ .

كِتابُ الوَكالَةِ

يَصِحُّ التَّوْكِيلُ[1] فى الشِّراءِ ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ فَٱبْعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلْمَدِينَةِ فَلْيَنظُرْ أَيُّهَآ أَزْكَىٰ طَعَامًا فَلْيَأْتِكُم بِرِزْقٍ مِّنْهُ ﴾[2] . ولِما روَى عُرْوَةُ بنُ[3] الجَعْدِ قال : أعْطانِى رسولُ اللَّهِ ﷺ دِينارًا أشْتَرِى له به شاةً[4] أو أُضْحِيَةً[5] . ولأنَّ الحاجَةَ داعِيَةٌ إليها ، فإنَّه لا يُمْكِنُ كُلَّ أحَدٍ شِراءُ ما يحْتاجُ إليه ، فدَعَتِ الضَّرُورَةُ إليها .

وتجوزُ فى سائرِ عُقُودِ المُعامَلاتِ ؛ قِياسًا على الشِّراءِ ، وفى تَمَلُّكِ المُباحاتِ ، كإحْياءِ المَواتِ والاصْطِيادِ ؛ لأنَّه تَمَلُّكُ مالٍ بسببٍ لا يتعَيَّنُ عليه ، فجاز التَّوْكِيلُ فيه ، كالشِّراءِ . وتجوزُ فى عَقْدِ النِّكاحِ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ وَكَّلَ عَمْرَو بنَ أُمَيَّةَ الضَّمْرِىَّ ، فتزَوَّجَ له أُمَّ حَبِيبَةَ[6] . وتجوزُ فى الطَّلاقِ ، والعَتاقِ ، والخُلْعِ ، والرَّجْعَةِ ؛ لأنَّها فى مَعْنَى النِّكاحِ . وتجوزُ فى إثْباتِ الأمْوالِ والحُكُومَةِ فيها ، حاضِرًا كان المُوَكِّلُ أو غائبًا ؛ لِما رُوِىَ أنَّ

---

(١) فى ب : « الوكالة » .

(٢) سورة الكهف ١٩.

(٣) بعده فى م : « أبى » .

(٤) بعده فى س ١ : « رواه البخارى » .

(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٨ .

(٦) أخرجه البيهقى ، فى : باب الوكالة فى النكاح ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧/ ١٣٩.

عليًّا وكَّلَ عَقِيلًا عندَ أبى بَكْرٍ ، رَضِىَ اللَّهُ عنهم ، وقال : ما قُضِىَ عليه فعَلَىَّ ، وما قُضِىَ له فَلِى[1] . ووَكَّلَ عبدَ اللَّهِ بنَ جَعْفَرٍ عندَ عُثْمانَ وقال : إنَّ للخُصُومَةِ قُحَمًا[2] . يَعْنِى مهالِكَ . وهذه قَضايا فى مَظِنَّةِ الشُّهْرَةِ ، ولم تُنْكَرْ ، فكانَتْ إجْماعًا . ولأنَّ الحاجَةَ تَدْعُو إلى ذلك ، بأن يكونَ له حقٌّ ، أو (٣ يُدَّعَى عليه ٣) ، ولا يُحْسِنَ الخُصُومَةَ ، أو لا يُحِبَّ حُضُورَها . ويجوزُ التَّوْكِيلُ فى الإقْرَارِ ؛ لأنَّه إثْبَاتُ حَقٍّ ، فأَشْبَهَ البيعَ . ويجوزُ فى إثْباتِ القِصَاصِ وحَدِّ القَذْفِ ، واسْتِيفَائِهما فى حَضْرَةِ المُوَكِّلِ وغَيْبَتِه ؛ لأنَّه حقٌّ آدَمِىٌّ ، أشْبَهَ المالَ . وقال بعضُ أصْحابِنا : لا يجوزُ اسْتِيفاؤُهما فى غَيْبَتِه . وقد أوْمَأَ إليه أحمدُ ؛ لأنَّه[4] يجوزُ أن يعْفُوَ المُوَكِّلُ ، فيَكُونَ ذلك شُبْهَةً .

ويجوزُ التَّوْكِيلُ فى حُقُوقِ اللَّهِ تعالَى المالِيَّةِ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ بَعَث عُمَّالَه لقَبْضِ الصَّدَقاتِ وتَفْرِيقِها . وفى إثْباتِ الحُدُودِ واسْتِيفائِها ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ قال : « وَاغْدُ يَا أُنَيْسُ على امْرَأَةِ هذا ، فإنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْها » . (٥ مُتَّفَقٌ عليه ٥) . ولا تجوزُ فى العِباداتِ البَدَنِيَّةِ ؛ لأنَّ المَقْصُودَ

---

(١) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٢٩٩/٧ . والإمام زيد فى مسنده ٢٥٨ .

(٢) أخرجه ابن أبى شيبة . فى الموضع السابق . وأبو عبيد ، فى : غريب الحديث ٤٥١/٣ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٨١/٦ .

(٣ - ٣) فى س ١، ب : « عليه » ، وفى م : « يدعيه » .

(٤) فى م : « بأنه » .

(٥ - ٥) سقط من : س ٢، م .

والحديث أخرجه البخارى ، فى : باب الوكالة فى الحدود ، من كتاب الوكالة ، وفى : باب إذا اصطلحوا على جور فالصلح مردود ، من كتاب الصلح ، وفى : باب الشروط التى لا تحل فى الحدود ، من كتاب الشروط ، وفى : باب هل يأمر الإمام رجلا فيضرب الحد غائبا عنه ، من كتاب الحدود ، وفى : باب كيف كان يمين النبى ﷺ ، من كتاب الأيمان ، وفى : باب =

فِعْلُها ببَدَنِه ، فلا تَحْصُلُ مِن فعلِ غيرِه إلَّا فى الحجِّ ؛ لِما سَبَق فى بابِه[(١)].

فصل : ولا تجوزُ فى الأَيْمَانِ والنُّذُورِ ؛ لأنَّها تتعَلَّقُ بعَيْنِ الحالِفِ ، فلا تَدْخُلُها النِّيابَةُ ، ولا فى الإيلاءِ ، واللِّعانِ ، والقَسامَةِ ؛ لأنَّها أيْمانٌ ، ولا فى الشَّهادَةِ ؛ لأنَّ غيرَه لا يقُومُ مَقامَه فى مُشاهَدَتِه ، ولا فى الاغْتِنامِ ؛ لأنَّه يتعلَّقُ بالحُضُورِ ، فإذا حَضَر النائبُ كان السَّهْمُ له ، ولا فى الالْتِقاطِ ؛ لأنَّه بأخْذِه يصيرُ لمُلْتَقِطِه .

فصل : [١٨١ظ] ولا يَصِحُّ التَّوْكِيلُ فى شىءٍ مِمَّن[(٢)] لا يَصِحُّ تصَرُّفُه فيه[(٣)] ؛ لأنَّ مَن لا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ[(٤)] بنَفْسِه ، فبنائبِه أوْلَى ، فلا يَصِحُّ تَوْكِيلُ

= الاعتراف بالزنى ، وباب إذا رمى امرأته أو امرأة غيره بالزنى ...، من كتاب الحدود ، وفى : باب هل يجوز للحاكم أن يبعث رجلا وحده للنظر فى الأمور ، من كتاب الأحكام ، وفى : باب ما جاء فى إجازة خبر الواحد ، من كتاب الآحاد . صحيح البخارى ٣/ ١٣٤، ٢٤٠، ٢٤١، ٢٥٠، ٨/ ٤٦، ١٦١، ٢٠٨، ٢١٤، ٩/ ٩٤، ١١٠. ومسلم، فى : باب من اعترف على نفسه بالزنى ، من كتاب الحدود . صحيح مسلم ٣/ ١٣٢٤، ١٣٢٥.

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى درء الحد عن المعترف إذا رجع ، وفى : باب ما جاء فى الرجم على الثيب ، من أبواب الحدود . عارضة الأحوذى ٦/ ٢٠٣، ٢٠٥. والنسائى ، فى : باب صون النساء عن مجلس الحكم ، من كتاب آداب القضاة . المجتبى ٨/ ٢١١. وابن ماجه ، فى : باب حد الزنى ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٢/ ٨٥٢. والدارمى ، فى : باب الاعتراف فى الزنى ، من كتاب الحدود . سنن الدارمى ٢/ ١٧٧. والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الرجم ، من كتاب الحدود . الموطأ ٢/ ٨٢٢. والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/ ١١٥، ١١٦.

(١) انظر ما تقدم فى ٢/ ٣١٤ .

(٢) فى س ٢، م : « مما » .

(٣) سقط من : م .

(٤) بعده فى الأصل : « فيه » .

طِفْلٍ ولا مَجْنُونٍ ولا سَفِيهٍ؛ لذلك، ولا تَوْكِيلُ المرأةِ فى النِّكاحِ، ولا الفاسِقِ فى تَزْوِيجِ ابْنَتِه، ولا المُسْلِمِ لذمِّىٍّ فى شِراءِ خَمْرٍ؛ لذلك. فأمَّا مَن يتَصَرَّفُ بالإذْنِ؛ كالعَبْدِ، والصَّبِىِّ، والوَكِيلِ، فإن أُذِنَ لهم فى التَّوْكِيلِ، جاز، وإن نُهوا عنه، لم يَجُزْ، وإنْ أُطْلِقَ لهم الإذْنُ، فلهم التَّوْكِيلُ فيما لا يتَوَلَّوْن مثلَه بأنْفُسِهم، أو يَعْجِزُون عنه لكَثْرَتِه؛ لأنَّ تَفْوِيضَه إليهم مع العِلْمِ بهذا إذْنٌ فى التَّوْكِيلِ. وفيما سِوَى ذلك رِوايَتانِ؛ إحْداهما، لا يجوزُ لهم التَّوْكِيلُ؛ لأنَّهم يتَصَرَّفُون بالإذْنِ، فاخْتَصَّ بما أُذِنَ فيه، ولم يُؤْذَنْ فى التَّوْكِيلِ. والثانيةُ، يجوزُ؛ لأنَّهم يَمْلِكُونَ التَّصَرُّفَ بأنْفُسِهم، فمَلَكُوه بنَائِبِهم، كالمالِكِ الرَّشِيدِ. فإن قال لوَكِيلِه: اصْنَعْ ماشِئْتَ. مَلَكَ التَّوْكِيلَ؛ لأنَّه ممَّا يَشاءُ. ووَلِىُّ اليَتِيمِ كالوَكِيلِ فيما ذكَرْناه. ويَمْلِكُ الوَلِىُّ فى النِّكاحِ التَّوْكِيلَ فيه مِن غيرِ إذْنِ المَرْأَةِ؛ لأنَّ وِلايَتَه مِن غيرِ جِهَتِها، فلم يُعْتَبَرْ إذْنُها فى توْكِيلِه، كالأبِ. وخرَّجَ القاضى غيرَ[1] ولايَةِ الإجْبارِ على الرِّوايتَيْنِ فى الوَكِيلِ. والفَرْقُ بينَهما ظاهِرٌ.

فصل: ومَن مَلَكَ التَّصَرُّفَ لنَفْسِه، جاز له[1] أن يتَوَكَّلَ فيه، ومَن لا فلا، فيجوزُ تَوْكِيلُ الفاسِقِ فى قَبُولِ النِّكاحِ، ولا يجوزُ فى الإيجابِ؛ لأنَّه يجوزُ أن يقْبَلَ النِّكاحَ لنفْسِه. وقال القاضى: لا يجوزُ فيهما؛ لأنَّ مَن لا يجوزُ أن يكونَ وَكِيلًا فى إيجابِه لا يكونُ وَكِيلًا فى قَبُولِه، كالمَرْأَةِ. ويجوزُ تَوْكِيلُ المرأةِ فى الطَّلاقِ؛ لأنَّه يجوزُ تَوْكِيلُها فى طَلاقِ نَفْسِها،

---

(١) سقط من: م.

فجاز فى غيرِها . ولا يجوزُ للعَبْدِ والمُكاتَبِ التَّوْكِيلُ إلَّا بإذْنِ سَيِّدِهما ، ولا الصَّبىِّ إلَّا بإذْنِ وَلِيِّه ، وإن كان مأذُونًا له فى التِّجارَةِ ؛ لأنَّ التَّوْكِيلَ ليس مِن التِّجارَةِ ، فلا يَحْصُلُ الإِذْنُ (١ فيه (٢) بالإِذْنِ فيها ١) .

فصل : وتَصِحُّ الوَكَالَةُ بكلِّ لَفْظٍ دَلَّ على الإِذْنِ ، وبكلِّ قَوْلٍ أو فِعْلٍ دَلَّ على القَبُولِ ، مثلَ أن يأْذَنَ له فى بَيْعِ شىءٍ فيَبِيعَه . ويجوزُ القَبُولُ على الفَوْرِ والتَّراخِى ، نحوَ أن يَبْلُغَه أنَّ فُلانًا وَكَّلَه منذُ عامٍ ، فيقولَ : قَبِلْتُ . لأنَّه إذْنٌ فى التَّصَرُّفِ ، فجاز ذلك منه ، كالإذْنِ فى الطَّعَامِ . ويجوزُ تَعْلِيقُها على شَرْطٍ ، نحوَ أن يقولَ : إذا قَدِم الحاجُّ ، فأنتَ وَكِيلِى فى كذَا ، أو : فبِعْ (٣) ثَوْبِى .

فصل : ولا تَصِحُّ إلَّا فى تَصَرُّفٍ مَعْلُومٍ ، فإن وَكَّلَه فى كلِّ كثيرٍ وقليلٍ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه يَدْخُلُ فيه كلُّ شىءٍ ، فيَعْظُمُ الغَرَرُ . وإن (٤) وَكَّلَه فى بَيْعِ مالِه كُلِّه ، أو ما شاء منه ، أو قَبْضِ دُيُونِه كلِّها ، أو الإِبْراءِ منها ، أو ما شاء منها ، صَحَّ ؛ لأنَّه يَعْرِفُ مالَه ودَيْنَه ، فيَعْرِفُ أقْصَى ما يَبِيعُ ويَقْبِضُ ، فيَقِلُّ الغَرَرُ . وإن قال : اشْتَرِ لى ما شِئْتَ . أو : عَبْدًا بما شِئْتَ . فقالَ أبو الخَطَّابِ : لا يَصِحُّ حتى يَذْكُرَ (٥) البيعَ وقَدْرَ الثَّمَنِ ؛ لأنَّ ما يُمْكِنُ

(١ - ١) سقط من : الأصل ، س ٢، ف .

(٢) بعده فى م : « إلا » .

(٣) فى م : « بيع » .

(٤) بعده فى م : « كان » .

(٥) فى م : « يعرف » .

شِراؤُه يكْثُرُ ، فيَكْثُرُ الغَرَرُ ، وإن قَدَّرَ له أكْثَرَ الثَّمَنِ وأقَلَّه ، صحَّ ؛ لأنَّه يَقِلُّ الغَرَرُ . وقال القاضى : إذا ذكَرَ النَّوْعَ ، لم يَحْتَجْ إلى تَقْديرِ الثَّمَنِ ؛ لأنَّه أَذِن فى أعْلاه . وقد رُوِىَ عن أحمدَ فى مَن قال : ما اشْتَرَيْتَ مِن شىءٍ فهو بينَنا . أنَّ هذا جائزٌ ، وأعْجَبَه . وهذا تَوْكِيلٌ فى شِراءِ كلِّ شىءٍ ، ولأنَّه إذْنٌ فى التَّصَرُّفِ ، فجاز مِن غيرِ تَعْيِينٍ ، كالإِذْنِ فى التِّجارَةِ .

[١٨٢و] **فصل** : ولا يَمْلِكُ مِن التَّصَرُّفِ إلَّا ما يَقْتَضِيه إذْنُ المُوَكِّلِ نُطْقًا أو عُرْفًا ؛ لأنَّ تَصَرُّفَه بالإِذْنِ ، فاخْتَصَّ ما تَناوَلَه الإِذْنُ . فإذا وَكَّلَه فى الخُصُومَةِ ، لم يَمْلِكِ الإِقْرارَ ولا الإِبْراءَ ولا الصُّلْحَ ؛ لأنَّ إذْنَه لا يَقْتَضِى شيئًا مِن ذلك ، وإن وَكَّلَه فى تَثْبِيتِ حَقٍّ ، لم يَمْلِكْ قَبْضَه ؛ لأنَّه لم يتناوَلْه النُّطْقُ ولا العُرْفُ ، فإنَّه قد يَرْضَى للتَّثَبُّتِ مَن لا يَأْمَنُه فى القَبْضِ . وإن وَكَّلَه فى القَبْضِ ، فهل يَمْلِكُ تَثْبِيتَه ؟ فيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يَمْلِكُه ؛ لأنَّه طرِيقُ القَبْضِ ، فكان التَّوْكِيلُ فى القَبْضِ تَوْكِيلًا فيه . والثانى ، لا يَمْلِكُ ؛ لِما ذكَرْنا فى التى قبلَها . وإن وَكَّلَه فى البيعِ ، لم يَمْلِكِ الإِبْراءَ مِن ثَمَنِه ، ويَمْلِكُ تَسْلِيمَ المَبِيعِ ؛ لأنَّ العُرْفَ يتناوَلُه ، ولأنَّه مِن تَمامِ العَقْدِ وحُقُوقِه ، ولا يُتَّهَمُ فيه ، ولا يَمْلِكُ قَبْضَ الثَّمَنِ ؛ لأنَّ اللَّفْظَ لا يَتناوَلُه ، وقد يَرْضَى للبيعِ مَن لا يَرْضاه للقَبْضِ ، إلَّا أن تَقْتَضِيَه الحالُ ، بأن يكونَ بحيثُ لو تَرَكَه ضاع .

فصل : فإن وَكَّلَه فى البيعِ فى وَقْتٍ ، لم يَمْلِكْه قبلَه ولا بعدَه ؛ لأنَّه قد يَخْتَصُّ غرَضُه به فى زَمَنٍ لحاجَتِه فيه . وإن وَكَّلَه فى بَيْعِه لرَجُلٍ ، لم يَمْلِكْ بَيْعَه لغيرِه ؛ لأنَّه قد يَقْصِدُ نَفْعَه ، أو نَفْعَ المَبِيعِ بإيصالِه إليه . وإن وَكَّلَه فى

بَيْعِه فى مَكانِ الثَّمَنُ فيه أَكْثَرُ أو أجْوَدُ، لم يَمْلِكْه[1] فى غيرِه؛ لأنَّه[2] يُفَوِّتُ غرَضَه. وإنْ تساوَتِ الأمْكِنَةُ، أو قَدَّرَ له الثَّمَنَ، مَلَكَ ذلك؛ لأنَّ الغَرَضَ فيهما واحِدٌ، فالإذْنُ فى أحَدِهما إذْنٌ فى الآخَرِ. وإن وَكَّلَه فى بَيْعٍ فاسِدٍ، لم يَمْلِكْه؛ لأنَّه مَنْهِيٌّ عنه، ولا يَمْلِكُ الصَّحِيحَ؛ لأنَّه لم يَأْذَنْ له فيه. وإن قَدَّرَ له الثَّمَنَ فى البيعِ، لم يَمْلِكِ البيعَ بأقَلَّ منه؛ لأنَّه لم يأْذَنْ له فيه نُطْقًا ولا عُرْفًا، ويَمْلِكُ البيعَ بأكْثَرَ منه، سَواءٌ كانَتِ الزِّيادَةُ مِن جِنْسِ الثَّمَنِ أو غيرِه؛ لأنَّه مأْذُونٌ فيه عُرْفًا؛ لأنَّها تَنْفَعُه[3] ولا تَضُرُّه. وإنْ باعَ بعْضَه بدُونِ ثَمَنِ جَميعِه، لم يَجُزْ، وإن باعَه بجَمِيعِه، صحَّ؛ لِما ذَكَرْناه، وله بَيْعُ باقِيه؛ لأنَّه إذْنٌ فيه. ويَحْتَمِلُ أن لا يَمْلِكَه؛ لأنَّه حَصَل غرَضُه ببَيْعِ بعْضِه، فلا يَبْقَى الإذْنُ فى باقِيه. وإن وَكَّلَه فى شِراءِ شىءٍ، لم يَمْلِكْ شِراءَ بعْضِه؛ لأنَّ اللَّفْظَ لا يَقْتَضِيه. وإن قال له: بِعْهُ بمِائةِ دِرْهَمٍ. فباعَه بعَرْضٍ يُساوِى أكْثَرَ منها، لم يَجُزْ؛ لأنَّه لم يأْذَنْ فيه نُطْقًا ولا عُرْفًا. وإن باعَه بمِائةِ دِينارٍ، أو بتِسْعِينَ دِرْهَمًا وعشَرَةِ دَنانِيرَ، ففيه وَجْهانِ؛ أحدُهما، لا يَنْفُذُ؛ لأنَّه خالَفَه فى الجِنْسِ، كالتى قبلَها. والثانى، يَنْفُذُ؛ لأنَّه مأْذُونٌ فيه عُرْفًا، لأنَّه يَرْضَى الدِّينارَ مَكانَ الدِّرْهَمِ عُرْفًا. وإن وَكَّلَه فى بَيْعِ عَبِيدٍ أو شِرائِهم، مَلَكَ ذلكَ صَفْقَةً واحدَةً وصَفَقاتٍ؛ لأنَّ العُرْفَ جارٍ بكِلَا الأمْرَيْن. وإن أمَرَه بصَفْقَةٍ واحدَةٍ، لم يَمْلِكِ التَّفْرِيقَ. فإنِ اشْتَراهم صَفْقَةً

---

(1) فى ب: «يملك بيعه».

(2) بعده فى م: «قد».

(3) فى م: «منفعة».

واحدَةً مِن رَجُلَيْن، جاز؛ لأنَّ الصَّفْقَةَ مِن جِهَتِه واحِدَةٌ.

فصل: وإن وَكَّلَه في البيعِ وأطْلَقَ، لم يَمْلِكِ البَيْعَ بأقَلَّ مِن ثَمَنِ المِثْلِ؛ لأنَّ إذْنَه تَقَيَّدَ بذلكَ عُرْفًا، لكَوْنِ غيرِ ذلك تَضْيِيعًا لمالِه، وهو لا يَرْضاه. ولو حَضَر مَن يَطْلُبُه بأكْثَرَ مِن ثَمَنِ المِثْلِ، لم يَجُزْ بَيْعُه بثَمَنِ المِثْلِ؛ لأنَّه تَضْيِيعٌ لمالٍ أمْكَنَ تَحْصِيلُه، وإن باع بثَمَنِ المِثْلِ، فحَضَر مَن يَزِيدُ في مُدَّةِ الخِيارِ، لم يَلْزَمْه الفَسْخُ؛ لأنَّها زِيادَةٌ مَنْهِيٌّ عنها، ولا يَأْمَنُ رُجوعَ صاحبِها عنها. فإن باع بأقَلَّ مِن ثَمَنِ المِثْلِ أو بأَقَلَّ ممَّا قَدَّرَ له، فعنه، البيعُ باطِلٌ؛ لأنَّه [١٨٢ظ] غيرُ مأذُونٍ فيه. وعنه، يَصِحُّ، ويَضْمَنُ الوَكِيلُ النَّقْصَ؛ لأنَّه فَوَّتَه، ويَصِحُّ البيعُ؛ لأنَّ الضَّرَرَ يَزُولُ بالتَّضْمِينِ[١]. ولا عِبْرَةَ بما يتَغابَنُ الناسُ به، كدِرْهَمٍ في عشَرَةٍ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ منه. وهل يَلْزَمُ الوَكِيلَ جميعُ النَّقْصِ أمْ ما بيـنَ ما يتَغابَنُ الناسُ به وما لا يتَغابَنُون به؟ على وَجْهَيْن. وكلُّ مَوْضِعٍ قُلْنا: لا يَمْلِكُ البيعَ والشِّراءَ. فحُكْمُه فيه حُكْمُ الأجْنَبِيِّ، وقد ذكَرْناه؛ لأنَّ هذا غيرُ مأذُونٍ فيه.

فصل: وإن وَكَّلَه في الشِّراءِ وأَطْلَقَ، لم يَجُزْ أن يشْتَرِيَ بأكْثَرَ مِن ثَمَنِ المِثْلِ؛ لِما ذكَرْنا. وإنِ اشْتَرَى بأقَلَّ مِن ثمنِ المِثْلِ، أو أقَلَّ ممّا قَدَّرَ له، صحَّ؛ لأنَّه مأْذُونٌ فيه عُرْفًا. فإن قال: لا تَشْتَرِه بأقَلَّ مِن مِائَةٍ. لم يَمْلِكْ مُخالَفَتَه؛ لأنَّ نَصَّه مُقَدَّمٌ على دَلالَةِ العُرْفِ. [٢]وإن قال: اشْتَرِه بمائةٍ، ولا تَشْتَرِه بخَمْسِينَ. فله شِراؤُه بما فوقَ الخَمْسِينَ؛ لأنَّه باقٍ على دَلالَةِ العُرْفِ[٢]. وإن

---

(١) بعده في الأصل: «وغيره».

(٢ - ٢) سقط من: الأصل.

قال : اشْتَرِ لى عَبْدًا - وصَفَه - بمِائةٍ . فاشْتَراه بدُونِها ، جاز ، وإن خالَفَ الصِّفَةَ ، لم يلْزَمِ المُوَكِّلَ . وإن لم يَصِفْه ، فاشْتَرَى عَبْدًا يُساوِى مِائةً بأقَلَّ منها ، جاز ، وإن لم يُساوِ المِائةَ ، لم يَلْزَمِ المُوَكِّلَ وإنْ ساوَى ما اشْتَراه به ؛ لأنَّه خالَفَ غرَضَه . وإن قال : اشْتَرِ لى شاةً بدِينارٍ . فاشْتَرَى شاتَيْن تُساوِى إحْداهما دِينارًا ، صحَّ ؛ لحَديثِ عُرْوَةَ[(١)] ، ولأنَّه مُمْتَثِلٌ للأمْرِ بإحْداهما ، والثانيةُ زِيادَةُ نَفْعٍ . وإن لم تُساوِ دِينارًا ، لم يَصِحَّ . وإنْ باع الوَكِيلُ شاةً ، وبَقِيَتِ التى تُساوِى دِينارًا ، فظاهِرُ كلامِ أحمدَ صِحَّتُه ؛ لحدِيثِ عُرْوَةَ ، ولأنَّه وَفَّى بغَرَضِه ، فأَشْبَهَ إذا زاد على ثَمَنِ المِثْلِ .

فصل : وإن وَكَّلَه فى الشِّراءِ نَسِيئَةً ، فاشْتَرَى نَقْدًا ، لم يَلْزَمِ المُوَكِّلَ ؛ لأنَّه لم يُؤْذَنْ له فيه . وإن وَكَّلَه فى الشِّراءِ بنَقْدٍ ، فاشْتَرَى بنَسِيئَةٍ أكثرَ مِن ثَمَنِ النَّقْدِ ، لم يَجُزْ ؛ لذلك ، وإن كان بمِثْلِ ثَمنِ النَّقْدِ ، وكان فيه ضَرَرٌ ، مثلَ أنْ يَسْتَضِرَّ بحِفْظِ ثَمَنِه ، فكذلك . وإن لم يَسْتَضِرَّ به ، لَزِمَه ؛ لأنَّه زادَه خَيْرًا . وإن أَذِن له فى البَيعِ[(٢)] بنَقْدٍ ، لم يَمْلِكْ بَيْعَه نَسِيئَةً ، وإن أذِن له فى البيعِ نَسِيئَةً ، فباع بنَقْدٍ ، فهى كمَسْأَلَةِ الشِّراءِ سَواءً . وإن عَيَّنَ له نَقْدًا ، لم يَبِعْ إلَّا به ، وإن أَطْلَقَ ، لم يَبِعْ إلَّا بنَقْدِ البَلَدِ ؛ لأنَّ الإطْلاقَ يَنْصَرِفُ إليه ، فإن كان فيه نَقْدَانِ ، باع بأَغْلَبِهما[(٣)] . وإن قَدَّرَ له أجَلًا ، لم تَجُزِ الزِّيادَةُ عليه ؛ لأنَّه لم يَرْضَ بها ، وإن أَطْلَقَ الأجَلَ ، جاز ، وحُمِل على

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٨ .

(٢) فى م : « المبيع » .

(٣) فى ف : « بأعلاهما » .

العُرْفِ فى مِثلِه ؛ لأنَّ مُطْلَقَ الوَكَالَةِ يُحْمَلُ على المُتعارَفِ ، ولا يَمْلِكُ الوَكِيلُ فى البيعِ والشِّراءِ شَرْطَ الخِيارِ للعاقِدِ معه ؛ لأنَّه لا حَظَّ للمُوَكِّلِ فيه ، وله شَرْطُ الخِيارِ لنَفْسِه ولمُوَكِّلِه ؛ لأنَّه احْتِياطٌ له .

فصل : إذا قال : اشْتَرِ لى بعَيْنِ هذا الثمنِ[1] . فاشْتَرَى[2] فى ذِمَّتِه ، لم يَقَعْ للمُوَكِّلِ ؛ لأنَّه لم يَرْضَ بالْتِزامِ شىءٍ فى ذِمَّتِه ، فلم يَجُزِ الْتِزَامُه . وإن قال : اشْتَرِ لى فى ذِمَّتِك ، ثم انْقُدْ هذا فيه . فاشْتَرَاه بعَيْنِه ، صَحَّ للمُوَكِّلِ ؛ لأَنَّه أمَرَه بعَقْدٍ يَلْزَمُ به الثَّمَنُ مع بَقاءِ الدِّينَارِ وتَلَفِه ، فعَقَد له عَقْدًا لا يَلْزَمُه (٣مع تَلَفِه٣) ، فزادَه خَيْرًا . ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ ؛ لأنَّه أرادَ عَقْدًا لا يَبْطُلُ باسْتِحْقاقِه ولا تَلَفِه ، ففَوَّتَ ذلك . وإن أطْلَقَ ، فله الأمْران ؛ لأنَّ العُرْفَ جارٍ بهما .

فصل : وإن وَكَّلَه فى شِراءِ مَوْصُوفٍ ، لم يَجُزْ أن يشْتَرِىَ مَعِيبًا ؛ لأنَّ إطْلاقَ البيعِ يَقْتَضِى السَّلامَةَ ، ولذلك يُرَدُّ بالعَيْبِ . فإنِ اشْتَرَى مَعِيبًا يعْلَمُ عَيْبَه ، لم يقَعْ للمُوَكِّلِ ؛ لأَنَّه مُخالِفٌ له ، وإن لم يَعْلَمْ[4] ، فالبيعُ صَحِيحٌ ، كما لو اشْتَرَى لنَفْسِه ، فإن [١٨٣و] عَلِم المُوَكِّلُ فرَضِىَ به ، فليس للوَكِيلِ رَدُّه ؛ لأَنَّ الرَّدَّ لحقِّه ، فسَقَط برِضاه ، وللوَكِيلِ الرَّدُّ قبلَ عِلْمِه ؛ لأنَّها ظُلامَةٌ حَصَلَتْ بعَقْدِه ، فمَلَكَ دَفْعَها ، كالمُشْتَرِى لنَفْسِه . ولا يَلْزَمُه التأْخِيرُ ؛ لأنَّه

---

(١) زيادة من : م .

(٢) بعده فى م : « له » .

(٣ - ٣) سقط من : م .

(٤) بعده فى م : « بالعيب » .

حقٌّ تعَجَّلَ له ، وله أن يَرْضَى به ، ويُسْقِطَ خِيارَه . فإذا حَضَر المُوَكِّلُ ، فرَضِىَ[1] ، اسْتَقَرَّ العَقْدُ . وإنِ اخْتارَ الرَّدَّ ، فله ذلك ؛ لأنَّ الشِّراءَ له ، ولم يَرْضَ بالعَيْبِ . فإن أنْكَرَ البائعُ كَوْنَ الشِّراءِ للمُوَكِّلِ ، فالقولُ قولُه ، ويُرَدُّ المَبِيعُ على الوَكِيلِ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّه ابْتاعَ المَعِيبَ ، ومنَعَه الرَّدَّ لِرضاهُ بعَيْبِه . والثانى ، ليس له الرَّدُّ عليه ؛ لأنَّه غيرُ البائعِ ، وللمُشْتَرِى أَرْشُ العَيْبِ ؛ لأنَّه فات الرَّدُّ به مِن غيرِ رِضاه ، فإن تعَذَّرَ ذلك مِن البائعِ ، لَزِم الوَكِيلَ ؛ لأنَّه ألْزَمَه المَبِيعَ . وإن قال البائعُ : مُوَكِّلُكَ قد عَلِم بالعَيْبِ[2] فرَضِىَ به . فالقولُ قولُ الوَكِيلِ ، مع يَمِينِه أنَّه لا يعْلَمُ ذلك ؛ لأنَّ الأصْلَ عدَمُه . فإن قال : أخِّرِ الرَّدَّ حتى يَعْلَمَ مُوَكِّلُكَ . لم يلْزَمْه التأْخِيرُ . فإن أَخَّرَ ، وقُلْنا : الرَّدُّ على الفورِ . لم يَسْقُطْ خِيارُه . ذكَرَه القاضى ؛ لأنَّه لم يَرْضَ به . ويَحْتَمِلُ أن يَسْقُطَ لتَرْكِه الرَّدَّ مع إمْكانِه ، فإن رَدَّه ، فقال المُوَكِّلُ : قد كنتُ رَضِيتُه مَعِيبًا . فصَدَّقَه البائعُ ، انْبَنَى على عَزْلِ الوَكِيلِ قبلَ عِلْمِه ؛ لأنَّ هذا كذلك . وإن أنْكَرَه البائعُ ، فالقولُ قولُه أنَّه لا يعْلَمُ ذلك .

وإن وَكَّلَه فى شِراءِ شىءٍ عَيَّنَه ، فاشْتَراه ، فوَجَدَه مَعِيبًا ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، يَمْلِكُ الرَّدَّ ؛ لأنَّه مَعِيبٌ لم يَرْضَ به العاقِدُ . والثانى ، لا يَمْلِكُه بغيرِ رِضا المُوَكِّلِ ؛ لأنَّه قَطَع نَظَرَه واجْتِهادَه بالتَّعْيِينِ . فإن قُلْنا : يَمْلِكُه . فحُكْمُه حُكْمُ غيرِ المُعَيَّنِ .

---

(١) بعده فى م : « به » .

(٢) فى الأصل : « البيع » .

فصل : إذا وَكَّلَه فى قَبْضِ حقِّه مِن زَيْدٍ ، فمات زَيْدٌ ، لم يَمْلِكِ القَبْضَ مِن وارِثِه ؛ لأنَّه لم يتَناوَلْه إذْنُه نُطْقًا ؛ لأَنَّهم[1] غيرُه ، ولا عُرْفًا ؛ لأنَّه قد يَرْضَى بَقاءَ حقِّه عندَهم دُونَه . وإن قال : اقْبِضْ حَقِّى الذى قِبَلَ زَيْدٍ . فله القَبْضُ مِن وارِثِه ؛ لأنَّ لَفْظَه يتَناوَلُ قَبْضَ الحقِّ مِن غيرِ تَعَرُّضٍ للمَقْبُوضِ منه . وإن وَكَّلَ وَكِيلَيْن فى تَصَرُّفٍ ، لم يكنْ لأحَدِهما الانْفِرادُ به ؛ لأنَّه لم يَرْضَ بأحَدِهما .

وإن وَكَّلَه فى قَضاءِ دَيْنٍ ، تقَيَّدَ بالإشْهادِ ؛ لأنَّه لا يَحْصُلُ الاحْتِياطُ إلَّا به ، فإن قَضاه بغيرِ بَيِّنَةٍ ، فأنْكَرَ الغَرِيمُ ، ضَمِن لتَفْرِيطِه . وإن أشْهَدَ بِبَيِّنَةٍ عادِلَةٍ ، فماتَت أو غابَت ، لم يَضْمَنْ ؛ لأنَّه لا تفْرِيطَ منه . وإن قَضاه بحَضْرَةِ المُوَكِّلِ مِن غيرِ إشْهادٍ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يَضْمَنُ ؛ لأَنَّه تَرَك التَّحَفُّظَ . والثانى ، لا يَضْمَنُ ؛ لأنَّه إذا كان المُؤَدَّى عنه حاضِرًا ، فهو التَّارِكُ للتَّحَفُّظِ . وإن قَضاه بِبَيِّنَةٍ مُخْتَلَفٍ فيها ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يَضْمَنُ ؛ لأنَّه تَرَك التَّحَفُّظَ . والثانى ، لا يَضْمَنُ ؛ لأنَّها بَيِّنَةٌ شَرْعِيَّةٌ ، أشْبهتِ المُجْمَعَ عليها .

فصل : إذا اشْتَرَى لمُوَكِّلِه ، ثَبَت المِلْكُ للمُوَكِّلِ ؛ لأنَّه قَبِلَ العَقْدَ لغيرِه ، فوَجَب أن يَنْتَقِلَ المِلْكُ إلى ذلك الغيرِ ، كما لو تزَوَّجَ لغيرِه ، ويَثْبُتُ الثَّمَنُ فى ذِمَّتِه أصْلًا ، وفى ذِمَّةِ الوَكِيلِ تَبَعًا . وللبائعِ[2] مُطالَبَةُ مَنْ شاءَ منهما ، كالضَّمانِ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن . وفى الآخَرِ ، لا يَثْبُتُ إلَّا فى ذِمَّةِ

---

(١) فى م : « لأنه » .

(٢) فى ف : « للمالك » .

المُوَكِّلِ ، وليس له مُطالَبَةُ غيرِه . فإن دَفَع الثَّمَنَ فوَجَد به البائِعُ عَيْبًا ، فرَدَّه على الوَكِيلِ ، فتَلِف فى يَدِه ، فلا شيءَ عليه ؛ لأنَّه أمِينٌ ، وللبائعِ[(١)] المُطالَبَةُ بالثَّمَنِ ؛ لأنَّه دَيْنٌ له ، فأشْبَهَ سائرَ دُيونِه ، وللوَكِيلِ المُطالَبَةُ به ؛ لأنَّه نائبٌ للمالِكِ فيه .

فصل : والوَكالَةُ عَقْدٌ جائزٌ مِن الطَّرَفَيْن ، لكلِّ واحِدٍ منهما فَسْخُها ؛ لأنَّه إذْنٌ فى التَّصرُّفِ ، فمَلَك كلُّ واحِدٍ [١٨٣ظ] منهما إبْطالَه ، كالإذْنِ فى أكْلِ طَعامِه . وإن أَذِن لوَكِيلِه فى تَوْكِيلِ آخَرَ ، فهما وَكِيلان للمُوَكِّلِ ، لا يَنْعَزِلُ أحدُهما بعَزْلِ الآخَرِ ، ولا يَمْلِكُ الأَوَّلُ عَزْلَ الثانى؛ لأنَّه ليس بوَكِيلِه . وإن أَذِن له فى تَوْكِيلِه عن نَفْسِه ، فالثانى وَكِيلُ الوَكِيلِ ، يَنْعَزِلُ ببُطْلانِ[(٢)] وَكَالَةِ الأَوَّلِ وعَزْلِه له[(٣)] ؛ لأَنَّه فَرْعُه ، فثَبَت فيه ذلك ، كالوَكِيلِ مع مُوَكِّلِه . وللمُوَكِّلِ عَزْلُه وحدَه ؛ لأنَّه مُتَصَرِّفٌ له ، فمَلَك عَزْلَه ، كالأوَّلِ .

فصل : وإن خَرَج المُوَكِّلُ عن أهْلِيَّةِ التَّصرُّفِ ؛ لمَوْتٍ ، أو جُنُونٍ ، أو حَجْرٍ ، أو فِسْقٍ فى وِلايَةِ النِّكاحِ ، بَطَلتِ الوَكالَةُ ؛ لأنَّه فَرْعُه ، فيَزُولُ بزَوالِ أصْلِه . فإن وُجِد ذلك ، أو عُزِل الوَكِيلُ ، فهل يَنْعَزِلُ قبلَ عِلْمِه ؟ فيه رِوايَتانِ ؛ إحْداهما ، يَنْعَزِلُ ؛ لأنَّه رَفْعُ عَقْدٍ لا يَفْتَقِرُ إلى رِضاه ، فلم يَفْتَقِرْ إلى عِلْمِه ، كالطَّلاقِ . والثانيةُ ، لا يَنْعَزِلُ ؛ لأنَّه أمْرٌ ، فلا يَسْقُطُ قبلَ عِلْمِه

---

(١) فى س ٢ : « للموكل » .

(٢) فى م : « به لأنه » .

(٣) سقط من : الأصل .

بالنَّهْيِ ، كأَمْرِ الشّارِعِ . وإن أزالَ المُوَكِّلُ مِلْكَه عمَّا وَكَّلَه فيه ، بإعْتاقٍ ، أو بَيْعٍ ، أو طَلاقِ التى وَكَّلَه فى طَلاقِها ، بَطَلَتِ الوَكالَةُ ؛ لأَنَّه أبْطَلَ مَحَلِّيَّتَه . وإن وَطِئَ الزَّوْجَةَ ، أو دَبَّرَ العَبْدَ أو كاتَبَه ، بَطَلَتِ الوَكالَةُ ؛ لأَنَّ ذلك يدُلُّ على رُجُوعِه ؛ إذ لا يَجْتَمِعُ مَقْصُودُ هذه التَّصَرُّفاتِ مع البيعِ ، والوَطْءُ يدُلُّ على رَغْبَتِه فى زَوْجَتِه . وإن وَكَّلَه فى الشِّراءِ بدِينَارٍ ، فتَلِفَ ، بَطَلَتِ الوَكالَةُ ، فإن تَلِف بتَفْرِيطٍ فغَرِمَه هو أو غيرُه ، لم يَمْلِكِ الشِّراءَ ببَدَلِه ؛ لأَنَّ الوَكالَةَ بَطَلَت بتَلَفِه .

فصل : ولا تَبْطُلُ بالنَّوْمِ ، والسُّكْرِ ، والإغْماءِ ؛ لأَنَّه لا[1] يُثْبِتُ[2] الوِلَايَةَ عليه ، ولا بالرِّدَّةِ ؛ لأَنَّها لا تَمْنَعُ ابْتِداءَ وَكالَتِه ، فلا تَمْنَعُ اسْتِدامَتَها ، ولا بالتَّعَدِّى فيما وُكِّلَ فيه ، كَلُبْسِ الثَّوْبِ ، ورُكُوبِ الدَّابَّةِ ؛ لأَنَّ العَقْدَ يَتَضَمَّنُ أَمَانَةً وتَصَرُّفًا ، فإذا بَطَلَتِ الأمانَةُ ، بَقِىَ التَّصَرُّفُ ، كالرَّهْنِ المُتَضَمِّنِ وَثِيقَةً وأمانَةً . وإن وَكَّلَه فى بَيْعِ عَبْدٍ ، ثم باعَه المالِكُ بَيْعًا فاسِدًا ، لم تَبْطُلِ الوَكالَةُ ؛ لأَنَّ مِلْكَه فيه لم يَزُلْ ، ولا يَئُولُ إلى الزَّوالِ . وإن وَكَّلَ زَوْجَتَه ، ثم طَلَّقَها ، لم تَنْعَزِلْ ؛ لأَنَّ الطَّلاقَ لا يُنافِى الوَكالَةَ ، ولا يَمْنَعُ ابْتِداءَها . وإن وَكَّلَ عَبْدَه ، ثم أعْتَقَه ، أو باعَه ، فكذلك . ويَحْتَمِلُ أن[3] يَنْعَزِلَ ؛ لأَنَّ أمْرَه لعَبْدِه اسْتِخْدامٌ ، وليس بتَوْكِيلٍ فى الحَقِيقَةِ .

فصل : ويجوزُ التَّوْكِيلُ بجُعْلٍ ؛ لأَنَّه تصَرُّفٌ لغيرِه لا يَلْزَمُه ، فجاز

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « تثبت » .

(٣) سقط من : الأصل .

أخْذُ العِوَضِ عنه[1] ، كرَدِّ الآبِقِ . وإذا وَكَّلَه فى البَيْعِ بجُعْلٍ ، فباع ، اسْتَحَقَّ الجُعْلَ قبلَ قَبْضِ الثَّمَنِ ؛ لأنَّ البَيْعَ يَتحَقَّقُ قبلَ قَبْضِه . فإن قال فى التَّوْكِيلِ : فإذا سَلَّمْتَ إلَىَّ الثَّمَنَ ، فلك كذا . وَقَف اسْتِحْقاقُه على التَّسْلِيم إليه ؛ لاشْتِراطِه إيّاه . وإن قال : بِعْ هذا بعَشَرَةٍ ، فما زاد [2]فهو لك[2] . صَحَّ ، وله الزِّيادَةُ ؛ لأنَّ ابنَ عَبَّاسٍ كانَ لا يَرَى بذلك بأْسًا[3] .

فصل : وليس للوَكِيلِ فى بَيْعِ شىءٍ بَيْعُه لنَفْسِه ، ولا للوَكِيلِ فى[4] الشِّراءِ أن يَشْتَرِىَ مِن نَفْسِه ؛ لأنَّ العُرْفَ فى العَقْدِ أن يَعْقِدَ مع غيرِه ، فَحُمِلَ التَّوْكِيلُ عليه ، ولأنَّه تَلْحَقُه تُهْمَةٌ ويتَنافَى الغَرَضان ، فلم يَجُزْ ، كما لو نَهاه . وعنه ، يجوزُ ؛ لأنَّه امْتَثَلَ أَمْرَه ، وحَصَل غَرَضُه ، [١٨٤و] فصَحَّ ، كما لو باع أجْنَبِيًّا . وإنَّما يَصِحُّ بشَرْطِ أن يَزِيدَ على مَبْلَغِ ثَمَنِه فى النِّداءِ ، ويتَوَلَّى النِّداءَ غيرُه ؛ لتَنْتَفِىَ التُّهْمَةُ . قال القاضى : ويَحْتَمِلُ أنْ لا يُشْتَرَطَ ذلك . وكذلك الحُكْمُ فى بَيْعِه لوَكِيلِه ، أو طِفْلٍ يَلِى عليه ، أو وَلَدِه ، أو والِدِه ، أو مُكَاتَبِه ، أو تَزْوِيجِه لابْنَتِه إذا وَكَّلَه أن يتزَوَّجَ له ؛ لأنَّه يُتَّهَمُ فى حَقِّهِم ، ويَتْرُكُ الاسْتِقْصاءَ عليهم . وإن أَذِنَ له المُوَكِّلُ فى هذا ، جاز ؛ لانْتِفاءِ التُّهْمَةِ مع صَرِيحِ الإذْنِ . وإنْ وَكَّلَه رَجُلٌ فى بَيْعِ عَبْدِه ، ووَكَّلَه آخَرُ فى شِرائِه ، فله أن يتَوَلَّى طَرَفَيِ العَقْدِ ، كما يجوزُ للأبِ ذلك فى حَقِّ ولَدِه الصَّغيرِ .

---

(١) فى ف : « عليه » .

(٢ - ٢) فى م : « فلك » .

(٣) أخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ٨/٢٣٤ . وابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٦/١٠٥ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٦/١٢١ .

(٤) بعده فى الأصل : « بيع » .

فصل : فإذا وَكَّلَ عَبْدًا فى شِراءِ عَبْدٍ مِن سَيِّدِه ، جاز ؛ لأَنَّه يجوزُ أنْ يشْتَرِىَ مِن غيرِ سَيِّدِه ، فجاز منه ، كالأَجْنَبِىِّ . وإنْ وَكَّلَه فى شِراءِ نفْسِه ، جاز ؛ لأنَّه يجوزُ أن يشْتَرِىَ غيرَه ، فجاز أن يشْتَرِىَ نفْسَه ، كالأجْنَبِىِّ . فإن قال السَّيِّدُ : ما اشْتَرَيْتَ نفْسَكَ إلَّا لنفْسِكَ . عتَقَ ؛ لإقْرارِ سَيِّدِه بحُرِّيَّتِه ، والقولُ قولُ السَّيِّدِ فى الثَّمَنِ ؛ لأنَّ الظاهِرَ ممَّن باشَرَ العَقْدَ أنَّه له . ولو وَكَّلَه سيِّدُه فى إعْتاقِ نفْسِه ، أو وَكَّلَ غَرِيمَه فى إبْراءِ نفْسِه ، صحَّ ؛ لأنَّه وَكَّلَه فى إسْقاطِ حَقٍّ نفْسِه ، فجاز ، كتَوْكِيلِ الزَّوْجَةِ فى طَلاقِها . وإن وَكَّلَ غَرِيمَه فى إبْراءِ غُرَمائِه ، لم يَمْلِكْ إبْراءَ نفْسِه ، كما لو وَكَّلَه فى حَبْسِهم ، لم يَمْلِكْ حَبْسَ نَفْسِه .

وإن وَكَّلَه فى تَفْرِقَةِ صَدَقَتِه ، لم يَمْلِكْ صَرْفَها إلى نَفْسِه ؛ لأنَّه مأْمُورٌ بإعْطاءِ غيرِه . قال أصْحابُنا : ولا يَمْلِكُ إعْطاءَ وَلَدِه ووالِدِه ؛ لأنَّهم كنَفْسِه . ويَحْتَمِلُ جوازَ ذلك ؛ لأنَّ لَفْظَه يَعُمُّهم ، ولا قَرِينَةَ تُخْرِجُهم[1] .

فصل : والوَكِيلُ أَمِينٌ لا ضَمانَ عليه فيما تَلِفَ تحتَ يَدِه بغيرِ تَفْرِيطٍ ، بجُعْلٍ وبغيرِ جُعْلٍ ؛ لأنَّه نائبُ المالِكِ ، أشْبَهَ المُودَعَ . والقَوْلُ قَوْلُه فيما يَدَّعِيه مِن تَلَفٍ ، وعَدَمِ تَفْرِيطٍ ، وخِيانَةٍ[2] ؛ لذلكَ . والقَوْلُ قَوْلُه فى الرَّدِّ إن كان مُتَطَوِّعًا ؛ لأنَّه قَبَض المالَ لنَفْعِ مَالِكِه ، فهو كالمُودَعِ . وإن كان بجُعْلٍ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يُقْبَلُ قولُه ؛ لأنَّه أمِينٌ ، أشْبَهَ المُودَعَ . والثانى ، لا يُقْبَلُ ؛ لأنَّه قبَضَه لنَفْعِ نَفْسِه ، أَشْبَهَ المُسْتَعِيرَ . وإن قال : بِعْتُ

---

(١) فى س ٢ : « تحجبهم » .

(٢) فى الأصل ، ف : « جناية » ، وغير منقوطة فى س ١ .

وقَبَضْتُ الثَّمَنَ ، فتَلِفَ فى يَدِى . ففيه وَجْهان ، ذكَرْناهما فى الرَّهْنِ .

وإنِ اخْتَلَفَا فى أصْلِ الوَكَالَةِ ، فالقولُ قولُ مَن يُنْكِرُها ؛ لأَنَّ الأَصْلَ عدَمُها . وإنِ اخْتَلَفَا فى دَفْعِ المالِ إلى الوَكِيلِ ، فالقَوْلُ قَوْلُه ؛ لذلك ، فإن أنْكَرَه ، ثم اعْتَرَفَ به ، ثم ادَّعَى تلفَه أو رَدَّه ، لم يُقْبَلْ ؛ لأنَّ خِيانَتَه[1] ثبَتَتْ بجَحْدِه ، وكذلك الحُكْمُ فى المُودَعِ . وإن أقامَ بدَعْواه بَيِّنَةً ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، تُقْبَلُ ؛ لأَنَّها شَهِدَتْ بما لو أقَرَّ به لثَبَتَ ، فقُبِلَتْ ، كما لو لم يُنْكِرْ . والثانى ، لا تُقْبَلُ ؛ لأنَّه مُكَذِّبٌ لها[2] بجَحْدِه ، فإن كان جُحُودُه : إنَّكَ لا تَسْتَحِقُّ علَىَّ شيئًا . سُمِع قولُه فى الرَّدِّ والتَّلَفِ ؛ لأنَّه لم يُنْكِرِ [١٨٤ظ] القَبْضَ ، فيجوزُ أن يُرِيدَ : لا تَسْتَحِقُّ علَىَّ شيئًا . لتَلَفِه أو رَدِّه .

وإنِ اخْتَلَفَا فى صِفَةِ الوَكالَةِ ، فقال : وَكَّلْتَنِى فى بَيْعِ هذا . فقال : بل فى بَيْعِ هذا . أو قال : وَكَّلْتَنِى فى بَيْعِه بعِشْرينَ . قال : بل بثَلاثِينَ . أو قال : وَكَّلْتَنِى فى بَيْعِه نَسِيئَةً . قال : بل نَقْدًا . فالقولُ قولُ المُوَكِّلِ ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ للعَقْدِ الذى يَدَّعِيه الوَكِيلُ ، فأَشْبَهَ ما لو أنْكَرَ أصْلَ الوَكالَةِ ، ولأنَّهما اخْتَلَفَا فى صِفَةِ قَوْلِ المُوَكِّلِ ، فكان القَوْلُ قَوْلَه ، كما لو اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فى صِفَةِ[3] الطَّلَاقِ . ونَصَّ أحمدُ فى المُضارِبِ على أنَّ القولَ قولُه ، والوَكِيلُ فى مَعْناه ؛ لأنَّه أَمِينٌ فى التَّصَرُّفِ ، فكان القولُ قولَه فى صِفَتِه ،

---

(١) فى س ٢، ف : « جنايته » .

(٢) فى م : « بها » .

(٣) بعده فى م : « أصل » .

كما لو اخْتَلَفَا فى بيعِ الثَّوْبِ المَـأْذُونِ فى بَيْعِه . وإنْ قال : اشْتَرَيْتُ هذا لكَ بعَشَرَةٍ . قال : بل بخَمْسَةٍ . فالحُكْمُ فيه كذلك . وإن قال : اشْتَرَيْتُ هذه الجارِيَةَ لك بإذْنِكَ بعَشَرَةٍ . فأنْكَرَ الإذْنَ فى شِرائِها ، فالقولُ قولُ المُوَكِّلِ ، فيَحْلِفُ ويَبْطُلُ البيعُ إن كان بعَيْنِ المالِ ، ويَرُدُّ الجارِيَةَ على البائعِ إن صدَّقَ الوَكِيلَ فى أنَّه وَكِيلٌ ، (1)وإن أنْكَرَ(1) أنَّ(2) الشِّراءَ لغيرِه ، فالقولُ قولُه ، وعلى الوَكِيلِ غَرامَةُ الثَّمَنِ لمُوَكِّلِه ، وتَبْقَى الجارِيَةُ فى يَدِه ، و(3)لاتَحِلُّ له ؛ لأنَّها لَيْسَتْ مِلْكًا له ، فإن أرادَ اسْتِحْلالَها ، اشْتَراها ممَّن هى له فى الباطِنِ ، فإن أَبَى بَيْعَها ، اسْتُحِبَّ للحاكمِ أن يَرْفُقَ به ، ليَبِيعَه إيَّاهَا ، ولا يُجْبَرُ ؛ لأنَّه عَقْدُ مُراضاةٍ ، فإن أَبَى فقد حَصَلَتْ فى يَدِه لغيرِه ، وله فى ذِمَّةِ صاحِبِها ثمنُها ، فأَقْرَبُ الوُجوهِ فيها أن يَأْذَنَ الحاكِمُ له فى بَيْعِها ، ويُوَفِّيَه حقَّه مِن ثَمَنِها ؛ لأنَّ الحاكِمَ باعَها فى وَفاءِ دَيْنِه . فإن قال صاحِبُها : إن كانَت لى ، فقد بِعْتُكَها بعِشْرِينَ . فقال القاضى : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه بَيْعٌ مُعَلَّقٌ على شَرْطٍ . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ ؛ لأنَّ هذا شَرْطٌ واقِعٌ يعْلَمانه ، فلا يَضُرُّ جَعْلُه شَرْطًا ، كما لو قال : إن كانَتْ جارِيَةً فقد بِعْتُكَها .

فصل : فإن قال : تزَوَّجْتُ لكَ فُلانَةَ بإذْنِكَ . فصَدَّقَتْه المرْأَةُ ، وأنْكَرَه ، فالقولُ قَوْلُ المُنْكِرِ ؛ لأَنَّ الأَصْلَ معه ، ولا يُسْتَحْلَفُ ؛ لأنَّ الوَكِيلَ يَدَّعِى حقًّا لغيرِه . وإنِ ادَّعَتْه المرْأَةُ ، اسْتُحْلِفَ ؛ لأَنَّها تَدَّعِى صَداقَها عليه ، فإن

(1 - 1) فى الأصل : « أن يكون » .

(2) سقط من : الأصل ، م .

(3) سقط من : الأصل .

حَلَف، بَرِئَ من الصَّداقِ، ولم يَلْزَمِ الوَكِيلَ، (1 في أحدِ الوجْهَيْنِ 1)؛ لأنَّ حُقُوقَ العَقْدِ تتعلَّقُ بالمُوَكِّلِ، فإن كان الوَكِيلُ ضَمِنَه لها، فلَها مُطالَبَتُه به(2)، وليس لها نِكاحُ غيرِه؛ لاعْتِرافِها أنَّها زَوْجَتُه، فتُؤْخَذُ بإقْرارِها، ولا يُكَلَّفُ الطَّلاقَ؛ لأنَّه لم يَثْبُتْ في حقِّه نِكَاحٌ. ويَحْتَمِلُ أنْ يُكَلَّفَه لإزالَةِ الاحْتِمالِ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ صِحَّةَ دَعْوَاها، فيَتَنَزَّلُ مَنْزِلَةَ النِّكاحِ الفاسِدِ. ولو ماتَ أحدُهما، لم يَرِثْه الآخَرُ؛ لأنَّه لم يَثْبُتْ صِدْقُها(3) فتَرِثَ، وهو يُنْكِرُ أنَّها زَوْجَتُه، فلا يَرِثُها. [185و]

(1 - 1) سقط من: م، وفي الأصل: «في إحدى الروايتين».

(2) سقط من: الأصل.

(3) في م: «صداقها».



بَابُ الشَّرِكَةِ

يجوزُ عَقْدُ الشَّرِكَةِ فى الجُمْلَةِ ؛ لِما روَى أبو هُرَيْرَةَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال : « يَقُولُ اللَّهُ تَعَالَى : أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَخُنْ أحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، فإذَا خَانَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَه ، خَرَجْتُ مِن بَيْنِهما » . روَاه أبو داودَ[1] .

وتُكْرَهُ شَرِكَةُ الذِّمِّىِّ إلَّا أن يكونَ المُسْلِمُ يتَوَلَّى البيعَ والشِّراءَ ؛ لِما روَى الخَلَّالُ[2] بإسْنَادِه ، عن عَطَاءٍ ، قال : نَهَى رسولُ اللَّهِ ﷺ عن مُشَارَكَةِ اليَهُودِىِّ والنَّصْرانِىِّ ، إلَّا أن يكونَ الشِّراءُ والبيعُ بيَدِ المُسْلِمِ . ولأَنَّه لا يَأْمَنُ مُعَامَلَتَهم بالرِّبَا والعُقُودِ الفاسِدَةِ .

فصل : والشَّرِكَةُ على أرْبَعَةِ أَضْرُبٍ ؛ أحدُها ، شَرِكَةُ العِنَانِ ؛ وهو أن يَشْتَرِكَ اثْنانِ بمالَيْهِما على أن يعْمَلا فيه[3] بأبْدانِهما[4] ، والرِّبْحُ بينهما ، فإذا صَحَّتْ ، فما تَلِفَ مِن المَالَيْنِ ، فهو مِن ضَمانِهما ، وإن خَسِرا ، كانَتِ

---

(1) فى : باب الشركة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/ ٢٢٩. وانظر التلخيص الحبير ٣/ ٤٩.

(2) وأخرجه ابن أبى شيبة عن عطاء وطاوس ومجاهد موقوفا عليهم ، فى : باب مشاركة اليهودى والنصرانى ، من كتاب البيوع . المصنف ٦/ ٩.

(3) فى الأصل ، س ١، س ٢: « فيهما » .

(4) فى م : « بيدنيهما » .

الخَسَارَةُ بَيْنَهما على قَدْرِ المَالَيْنِ ؛ لأنَّهما صَارَا كَمالٍ واحدٍ فى رِبْحِه ، فكذلك فى خُسْرانِه[1] ، والرِّبْحُ بينَهما على ما شَرَطَاه ؛ لأنَّ العَمَلَ يُسْتَحَقُّ به الرِّبحُ ، وقد يتَفَاضَلَانِ فيه ؛ لقُوَّةِ أحَدِهما وحِذْقِه ، فجازَ أنْ يُجْعَلَ له حَظٌّ مِن الرِّبْحِ ، كالمُضَارِبِ .

فصل : وتَصِحُّ الشَّرِكَةُ على[2] الدَّرَاهِمِ والدَّنانيرِ ؛ لأنَّهما أثْمانُ البِيَاعَاتِ ، وقِيَمُ الأَمْوالِ[3] . ولا تَصِحُّ بالعُرُوضِ فى إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ ؛ لأنَّ قِيمَةَ أحَدِهما رُبَّما تَزِيدُ قبلَ بَيْعِه ، فيُشَارِكُه الآخَرُ فى نَماءِ العَيْنِ التى هى[4] مِلْكُه . والثانيةُ ، تَصِحُّ الشَّرِكَةُ بها ، ويُجْعَلُ رأْسُ المالِ قِيمَتَها وَقْتَ العَقْدِ ؛ لأنَّ مَقْصُودَها نُفُوذُ تَصَرُّفِهما فى المالِ المُشْتَرَكِ ، وكَوْنُ رِبْحِه بينَهما ، وهذا مُمْكِنٌ فى العُرُوضِ . والحُكْمُ فى النُّقْرَةِ[5] والمَغْشُوشِ والفُلُوسِ ، كالحُكْمِ فى العُرُوضِ ؛ لأنَّ قِيمَتَها تَزِيدُ وتَنْقُصُ ، فأَشْبَهَتِ العُرُوضَ .

ولا تجوزُ الشَّرِكَةُ بمَجْهُولٍ ولا جِزَافٍ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ الرُّجُوعُ به عندَ المُفاضَلَةِ ، ولا بدَيْنٍ ولا غائبٍ ؛ لأنَّه مِمَّا لا يجوزُ بَيْعُه والتَّصَرُّفُ فيه ، وهو مَقْصُودُ الشَّرِكَةِ .

فصل : وتجوزُ فى المُخْتَلِفَيْنِ ، فيَكُونُ لأحَدِهما دَنانِيرُ وللآخَرِ[6] دَرَاهِمُ ،

---

(١) فى ب ، م : « خسارته » .
(٢) فى م : « فى » .
(٣) فى س ٢ : « الأثمان » .
(٤) بعده فى س ٢ : « فى » .
(٥) النقرة : القطعة المذابة من الذهب والفضة .
(٦) فى م : « الآخر » .

ولأحَدِهما صِحَاحٌ وللآخَرِ مُكَسَّرَةٌ ، أو لأحَدِهما مِائَةٌ وللآخَرِ[1] مِائتَانِ ؛ لأنَّهُما أثْمانٌ ، فصَحَّتِ الشَّرِكَةُ بهما ، كالمُتَّفِقَيْنِ . ويَرْجِعُ كُلُّ واحدٍ منهما عندَ المُفاضَلَةِ بمِثْلِ مَالِه . نَصَّ عليه ؛ لأنَّها أثْمانٌ ، فيَجِبُ الرُّجُوعُ بمِثْلِها[2] ، كالمُتَّفِقَيْنِ .

وتجوزُ الشَّرِكَةُ وإن لم يَخْلِطَا المَالَيْنِ ؛ لأنَّه [١٨٥ظ] يُقْصَدُ بها كَوْنُ الرِّبْحِ بينَهما ، فلم يُشْتَرَطْ خَلْطُ المالِ ، كالمُضارَبَةِ .

فصل : ومَبْنَاها على الوَكالَةِ والأمانَةِ ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما بتَفْوِيضِ المَالِ إلى صاحِبِه أَمِنَه ، وبإذْنِه له فى التَّصَرُّفِ وَكَّلَه ، ولكلٍّ واحِدٍ منهما العَمَلُ فى المَالَيْنِ بحُكْمِ المِلْكِ فى حِصَّتِه ، والوَكَالَةُ فى حِصَّةِ شَرِيكِه . وحُكْمُها[3] فى جَوَازِها[4] وانْفِسَاخِها[5] حُكْمُ الوَكَالَةِ ؛ لتَضَمُّنِها للوَكَالَةِ . فإنْ عزَلَ أحدُهما صاحِبَه قبلَ أنْ يَنِضَّ المالُ ، فذَكَر القاضى أنَّ[6] ظاهِرَ كلامِ أحمدَ أنَّه لا يَنْعَزِلُ حتى يَنِضَّ ، كالمُضارِبِ إذا عزَلَه رَبُّ المالِ . وقال أبو الخطَّابِ : يَنْعَزِلُ ؛ لأنَّها وَكالةٌ ، فإذا عَزَلَه فطَلَب أحدُهما البيعَ والآخَرُ القِسْمَةَ ، أُجِيبَ طالِبُ القِسْمَةِ ؛ لأنَّه يَسْتَدْرِكُ ما يحْصُلُ مِن الرِّبْحِ بالقِسْمَةِ ، فلم يُجْبَرْ على البيعِ ، بخِلافِ المُضَارِبِ . وهذا إنَّما يَصِحُّ إذا

---

(١) فى م : « الآخر » .

(٢) فى م : « فى مثلها » .

(٣) فى الأصل : « وحكمهما » .

(٤) فى الأصل : « جوازهما » .

(٥) فى س ٢ : « وانفساخهما » .

(٦) سقط من : الأصل .

كانَ الرِّبْحُ على قَدْرِ المَالَيْنِ ، فإنْ زادَ رِبْحُ أحَدِهما عن مَالِه ، لم يَسْتَدْرِكْ رِبْحَه بالقِسْمَةِ ، فيتَعَيَّنُ البيعُ ، كالمُضَارَبَةِ[1] .

فصل : فإن مات أحدُهما ، فلوارِثِه إتْمامُ الشَّرِكَةِ ، فيَأْذَنُ للشَّرِيكِ ، ويَأْذَنُ له الشَّرِيكُ فى التَّصَرُّفِ ؛ لأنَّ هذا إتْمامٌ للشَّرِكَةِ ، وليس بابْتِدَاءٍ لها ، فلا تُعْتَبَرُ شُرُوطُها ، وكذلك إن مات رَبُّ المالِ فى المُضَارَبةِ ، فلوارِثِه إتْمَامُها ، فى ظاهِرِ كلامِه . ويَحْتَمِلُ أَن لا يجوزَ إتْمَامُها إلَّا أن يكونَ المالُ نَاضًّا ؛ لأنَّ العَقْدَ قد بَطَل بالموتِ ، وهذا ابْتِداءُ عَقْدٍ ، فلا يجوزُ بالعُرُوضِ . وإنْ مات عامِلُ المُضَارَبَةِ ، لم يَجُزْ إتْمَامُها إلَّا على الوَجْهِ الذى يَجُوزُ ابْتِداؤُها[2] ؛ لأنَّه لم يُخَلِّفْ أصْلًا يُبْنَى عليه . ولو كان مالُ الشَّرِكَةِ والمُضَارَبةِ مُوصًى به ، فالمُوصَى[3] له كالوَارِثِ فى هذا ، فإن كانَتِ الوَصِيَّةُ لغيرِ مُعَيَّنٍ ، كالفُقَرَاءِ ، فلَيْسَ للوَصِىِّ[4] الإذْنُ فى التَّصَرُّفِ ؛ لأنَّه قد وَجَب دَفْعُه[5] إليهم .

فصل : ولكلِّ واحِدٍ مِن الشَّرِيكَيْنِ أن يَبِيعَ ويَشْتَرِىَ مُساوَمَةً ومُرابحَةً وتَوْلِيَةً ومُواضَعَةً ، ويَقْبِضَ المَبِيعَ والثَّمَنَ ، ويُقْبِضَهما ، ويُطالِبَ بالدَّيْنِ ، ويُخاصِمَ فيه ، ويَرُدَّ بالعَيْبِ فى العَقْدِ الذى وَلِيَه هو أو صاحِبُه ، ويُحِيلَ

---

(١) فى ب : « كالمضارب » .

(٢) فى م : « ابتداءها » .

(٣) فى س ٢ ، م : « والموصى » ، وفى الأصل : « فالوصى » .

(٤) فى ب ، م : « للموصى » .

(٥) فى م : « دفعها » .

ويَحْتَالَ، ويَسْتَأْجِرَ، ويَفْعَلَ كُلَّ ما هو مِن مَصْلَحَةِ التِّجارَةِ بمُطْلَقِ الشَّرِكَةِ؛ لأَنَّ هذا عادَةُ التُّجَّارِ، وقد أذِنَ له فى التِّجارَةِ.

وهل لأحَدِهما أنْ يَبِيعَ نَساءً، أو يُبْضِعَ، أو يُودِعَ، أو يُسافِرَ بالمالِ؟ يُخَرَّجُ على رِوايتَيْنِ؛ [1]إحْداهما، له ذلك؛ لأَنَّه عادَةُ التُّجَّارِ، ولأنَّ المَقْصُودَ الرِّبْحُ، وهو فى هذه أكْثَرُ. والأُخْرَى، لا يجوزُ؛ لأَنَّ فيه تَغْرِيرًا بالمالِ. وهل له التَّوْكِيلُ؟ يُخَرَّجُ على الرِّوايَتَيْنِ[1] فى الوَكِيلِ؛ لأَنَّه وَكِيلٌ. وإذا وَكَّلَ أحدُهما، فللآخَرِ عَزْلُه؛ لأنَّه وَكِيلُه.

وهل له أنْ يَرْهَنَ ويَرْتَهِنَ؟ فيه وَجْهان؛ أحدُهما، له ذلك؛ لأنَّ الرَّهْنَ يُرادُ للإيفَاءِ، والارْتِهانُ[2] للاسْتِيفَاءِ، وهو يَمْلِكُهما، فيَمْلِكُ ما يُرَادُ لهما. والثانى، لا يجوزُ؛ لأَنَّ فيه خَطَرًا. وفى الإقَالَةِ وَجْهانِ، أصحُّهما، أنَّه يَمْلِكُها؛ لأنَّها[3] إنْ كانَتْ بَيْعًا فقد أذِنَ فيه، وإنْ كانَتْ [١٨٦و] فَسْخًا، ففَسْخُ البَيْعِ المُضِرِّ مِن مَصْلَحَةِ التِّجَارَةِ، فمَلَكَه، كالرَّدِّ بالعَيْبِ. والآخَرُ، لا يَمْلِكُها؛ لأَنَّها فَسْخٌ، فلا تَدْخُلُ فى الإِذْنِ فى التِّجَارَةِ.

فصل: وليس له أن يُكاتِبَ الرَّقِيقَ[4]، ولا يُزَوِّجَه، ولا يُعْتِقَه بمالٍ، ولا يُقْرِضَ ولا يُحَابِيَ؛ لأَنَّ ذلك ليس بتِجَارَةٍ. وليس له المُشَارَكَةُ بمالِ الشَّرِكَةِ[5]، ولا المُضارَبَةُ به، ولا خَلْطُه بمالِه، ولا مالِ غيرِه؛ لأنَّه يُثْبِتُ

(١ - ١) سقط من: الأصل.

(٢) بعده فى م: «يراد».

(٣) فى م: «لأنه».

(٤) فى م: «رقيقه».

(٥) فى الأصل: «المشاركة».

فى المَالِ حُقُوقًا ، وليس هو مِن التِّجارَةِ المأْذُونِ فيها . ولا يأْخُذُ به سُفْتَجَةً ولا يُعْطِيها ؛ لأَنَّ فيه خَطَرًا . ولا يَسْتَدِينُ على مَالِ الشَّرِكَةِ ، ولا يَشْتَرِى ما ليس عندَه ثَمَنُه ؛ لأنَّه يُؤَدِّى إلى الزِّيادَةِ فى مَالِ الشَّرِكَةِ ، ولم يُؤْذَنْ فيه ، فإنْ فَعَل ، فعليه ثَمَنُ ما اشْتَرَاه ، ويَخْتَصُّ بِمِلْكِه ورِبْحِه وضَمانِه ، وكذلك ما اسْتَدانَه أو اقْتَرضَه .

ويجوزُ أن يشْتَرِىَ نَسَاءً ما عندَه ثَمَنُه ؛ لأَنَّه لا يُفْضِى إلى الزِّيادَةِ فيها ، وإنْ أقَرَّ على مَالِ الشَّرِكَةِ ، قُبِل فى حقِّه دُونَ صاحِبِه ، سَواءٌ أقَرَّ بعَيْنٍ أو دَيْنٍ ؛ لأَنَّ الإقْرَارَ ليس مِن التِّجَارَةِ . وقال القاضى : يُقْبَلُ إقْرَارُه على مَالِ الشَّرِكَةِ ، ويُقْبَلُ إقْرَارُه بعَيْبٍ فى عَيْنٍ باعَها ، كما يُقْبَلُ إقْرارُ الوَكِيلِ على مُوَكِّلِه به ، نَصَّ عليه ؛ لأَنَّه تَولَّى[1] بَيْعَها ، فقُبِل إقْرارُه بالعَيْبِ ، كمالِكِها . فإن رُدَّ عليه المَعِيبُ فقَبِله ، أو دَفَع أَرْشَه ، أو أَخَّر ثَمَنَه ، أو حَطَّ بَعْضَه لأَجْلِ العَيْبِ ، جازَ ؛ لأَنَّ العَيْبَ يُجَوِّزُ الرَّدَّ ، وقد يكونُ ما يَفْعَلُه مِن هذا أحَظَّ مِن الرَّدِّ . فأَمَّا إنْ حَطَّ بَعْضَ الثَّمَنِ ابْتِداءً ، أو أَسْقَطَ دَيْنًا عن غَرِيمِهما ، أو أَخَّره عليه ، لَزِم فى حَقِّه دُونَ صاحِبِه ؛ لأَنَّه تَبَرُّعٌ ، فجاز فى حقِّه دُونَ شَرِيكِه ، كالصَّدَقَةِ .

فإن قال له : اعْمَلْ برَأْيِكَ . فله عَمَلُ ما يَقَعُ فى التِّجارَةِ ؛ مِن الرَّهْنِ ، والارْتِهانِ ، والبَيْعِ نَسَاءً ، والإِبْضَاعِ بالمالِ ، والمُضَارَبَةِ به ، والشَّرِكَةِ ، وخَلْطِه بمالِه ، والسَّفَرِ به ، وإيدَاعِه ، وأخْذِ السُّفْتَجَةِ ودَفْعِها ونحوِه ؛ لأنَّه

---

(١) فى م : « يتولى » .

فَوَّض إليه الرَّأْىَ فى[(١)] التَّصَرُّفِ (٢فى التِّجارَةِ٢) ، وقد يَرَى المَصْلَحَةَ فى هذا . وليس له التَّبَرُّعُ ، والحَطِيطَةُ ، والقَرْضُ ، وكِتابَةُ الرَّقِيقِ ، وعِتْقُه ، وتَزْوِيجُه ؛ لأنَّه ليس بتِجارَةٍ ، وإنَّما فَوَّض إليه العمَلَ برأْيِه فى التِّجارَةِ .

فصل : الضَّرْبُ الثانى ، شَرِكَةُ الأَبْدَانِ ؛ وهو أنْ يشْتَرِكَ اثْنانِ فيما يَكْتَسِبَانِه[(٣)] بأَبْدَانِهما ، كالصَّانِعَيْن يشْتَرِكانِ على أنْ يَعْمَلَا فى صِناعَتِهما ، أو فيما يَكْتَسِبَانِه[(٤)] مِن مُبَاحٍ ؛ كالحَشِيشِ ، والحطَبِ ، والمَعادِنِ ، والتَّلَصُّصِ على دَارِ الحَرْبِ ، فما رَزَق اللَّهُ فهو بَيْنَهما ، فهو جائزٌ ؛ لِمَا روَى عبدُ اللَّهِ بنُ مسعودٍ ، قال : اشْتَرَكْتُ أنا وسَعْدٌ وعَمَّارٌ (٥فيما نُصِيبُ٥) يومَ بَدْرٍ ، فلم أجِئْ أنا وعَمّارٌ بشىءٍ ، وجاء سعدٌ بأسِيرَيْن . روَاه أبو داودَ ، (٧والنَّسائِىُّ ، وابنُ ماجَه٧) . واحْتَجَّ به أحمدُ . ومَبناها على الوَكَالَةِ ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما وَكِيلُ صاحِبِه ، وما يتَقَبَّلُه كُلُّ واحِدٍ مِن الأَعْمالِ ، فهو مِن ضَمانِهما[(٨)] ، يُطالَبُ به كُلُّ [١٨٦ظ] واحِدٍ

---

(١) فى الأصل : « و » .

(٢ - ٢) فى الأصل : « كالتجارة » .

(٣) فى الأصل ، س ١ : « يكسبان » ، وفى ف ، ب : « يكتسبان » .

(٤) فى الأصل ، س ١ : « يكسبانه » .

(٥ - ٥) زيادة من : م .

(٦ - ٦) فى م : « قال : فجاء سعد بأسيرين ، ولم أجئ أنا وعمار بشىء » .

(٧ - ٧) زيادة من : م .

والحديث أخرجه أبو داود ، فى : باب الشركة على غير رأس المال ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/ ٢٣٠ . والنسائى ، فى : باب الشركة بغير مال ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٨٠ . وابن ماجه ، فى : باب الشركة والمضاربة ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٦٨ .

(٨) فى الأصل : « ضمانها » .

منهما ، ويَلْزَمُه عمَلُه . قال القاضى : ويَحْتَمِلُ أَنْ لا يَلْزَمَ كُلَّ واحِدٍ منهما ما لَزِمَ[1] صاحِبَه ، كالوَكِيلَيْنِ .

وتَصِحُّ مع اتِّفاقِ الصَّنائعِ واخْتِلافِها ؛ لأَنَّهما اتَّفَقَا فى[2] مَكْسَبٍ واحِدٍ ، كما لو[3] اتَّفَقَتِ الصَّنائعُ . وقال أبو الخَطَّابِ : لا تَصِحُّ مع اخْتِلَافِها ؛ لأَنَّ الشَّرِكَةَ تقْتَضِى أنَّ ما يتَقَبَّلُه أحدُهما يلْزَمُ صاحِبَه ، ولا يُمْكِنُ أنْ يَلْزَمَه عَمَلُ صِناعَةٍ لا يُحْسِنُها .

فصل : والرِّبْحُ بَيْنَهما على ما شَرَطَاه مِن مُساوَاةٍ أو تَفَاضُلٍ ؛ لأَنَّهما يَسْتَحِقَّانِ بالعَمَلِ ، والعَمَلُ يتَفاضَلُ[4] ، فجازَ أنْ يكونَ الرِّبحُ مُتَفاضِلًا . وما لَزِمَ أحدَهما مِن ضَمانٍ لتعَدِّيه وتَفْرِيطِه ، فهو عليه خاصَّةً ؛ لأَنَّ ذلكَ لا يَدْخُلُ فى الشَّرِكَةِ . ولكُلٍّ واحدٍ منهما طَلَبُ الأُجْرَةِ ، وللمُسْتَأْجِرِ دَفْعُها إلى أَيِّهما شاءَ . وإنْ تَلِفَتْ فى يَدِ أحَدِهما بغيرِ تَفْرِيطٍ ، فلا ضَمانَ عليه ؛ لأَنَّه وَكِيلٌ .

فصل : وإنْ عَمِل أحدُهما دُونَ صاحبِه ، فالكَسْبُ بَيْنَهما ؛ لحدِيثِ ابنِ مَسْعُودٍ حينَ جاء سَعْدٌ بأَسِيرَيْنِ ، وأخْفَق الآخَرانِ[5] . وإن ترَك أحدُهما العمَلَ لعَجْزٍ أو غيرِه ، فللآخَرِ مُطالَبَتُه بالعَمَلِ ، أو بإقامَةِ مَنْ

---

(١) فى الأصل : « يلزم » .
(٢) فى ف : « على » .
(٣) سقط من : الأصل .
(٤) بعده فى ف : « فيه » .
(٥) تقدم تخريجه فى الصفحة السابقة .

يعْمَلُ[1] عنه، أو يَفْسَخُ.

فصل: إذا كانَ لرَجُلَيْنِ دَابَّتَانِ، فاشْتَرَكَا على أن يَحْمِلَا عليهما[2]، فما رَزَق اللَّهُ تعالى مِن الأجْرِ[3]، فهو بَيْنَهما، صَحَّ. ثم إن تَقَبَّلَا حَمْلَ شيءٍ في ذِمَّتِهما فحَمَلَاه عليهما، صَحَّ، والأُجْرَةُ على ما شَرَطَاه؛ لأنَّ تقَبُّلَهُما الحَمْلَ أثْبَتَه في ذِمَّتِهما وضَمانِهما، والشَّرِكَةُ تَنْعَقِدُ على الضَّمانِ، كشَرِكَةِ الوُجُوهِ. وإن أَجَرَاهما على حَمْلِ شيءٍ[4]، اخْتَصَّ كُلُّ واحدٍ منهما بأُجْرَةِ دابَّتِه، ولا شَرِكَةَ؛ لأنَّه لم يَجِبِ[5] الحَمْلُ في ذِمَّتِه، وإنَّما اسْتَحَقَّ المُكْتَرِى مَنْفَعَةَ[6] هذه البَهِيمَةِ التي اسْتَأْجَرَها، ولهذا تَنْفَسِخُ[7] الإجارَةُ بمَوْتِها. ولا يَصِحُّ أن يكونَ كُلُّ واحدٍ منهما وَكِيلَ صاحبِه في إجَارَةِ دَابَّةِ نَفْسِه، ولهذا لو قال: آجِرْ دَابَّتَكَ، وأجْرُها بَيْنِى وبَينَك. لم يَصِحَّ. فإنْ أَعَانَ أحدُهما صاحِبَه في التَّحْمِيلِ، فله أُجْرَةُ مِثْلِه؛ لأنَّها مَنافِعُ وَفَّاهَا بشُبْهَةِ عَقْدٍ.

فصل: فإن دَفَع دابَّتَه إلى رَجُلٍ يَعْمَلُ عليها، أو عَبْدَه ليَكْتَسِبَ، ويكون ما يَحْصُلُ بَيْنَهما نِصْفَيْنِ، أو أَثْلَاثًا، صَحَّ. نَصَّ عليه؛ لأنَّها عَيْنٌ

---

(1) في ب: «يعمله».

(2) في س ١، س ٢: «عليها».

(3) في م: «الأجرة».

(4) بعده في ف: «بعينهما».

(5) بعده في الأصل: «له».

(6) في س ٢: «أجرة».

(7) في الأصل: «انفسخ». وفي س ٢: «ينفسخ».

تُنَمَّى بالعَمَلِ عليها، فجازَ العَقْدُ عليها ببَعْضِ نَمائِها، كالشَّجَرِ فى المُسَاقَاةِ. ونقَل عنه أبو داودَ، فى مَن يُعْطِى فَرَسَه[1] على نِصْفِ الغَنِيمَةِ: أرْجُو أن لا يكونَ به بَأْسٌ. ووَجْهُه ما ذكَرْناه. وإنْ دفَعَ ثِيابًا إلى خَيَّاطٍ ليَخِيطَها ويَبِيعَها، وله جُزْءٌ مِن رِبْحِها، أو غَزْلًا ليَنْسِجَه ثَوْبًا بثُلُثِ ثَمَنِه، أو رُبُعِه، جازَ، [١٨٧و] وإن جعَل معه دَرَاهِمَ، لم يَجُزْ. وعنه الجَوازُ. والأَوَّلُ المَذْهَبُ؛ لأنَّه لا يجوزُ أنْ يَشْتَرِطَ فى المُسَاقَاةِ دَرَاهِمَ مَعْلُومَةً، وإنَّما أجازَ أحمدُ ذلكَ تَشْبِيهًا بالمُسَاقَاةِ. قال: نَرَاه جائزًا؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ أَعْطَى خَيْبَرَ على الشَّطْرِ[2].

فصل: وإن دفَع رَجُلٌ بَغْلَةً وآخَرُ رَاوِيَتَه[3] إلى رَجُلٍ ليَسْتَقِىَ، وما يَرْزُقُ[4] اللَّهُ بينَهم، فقياسُ المَذْهَبِ صِحَّتُه؛ لأنَّ كُلَّ واحِدٍ منهما عَيْنٌ تُنَمَّى بالعَمَلِ عليها، فصَحَّ دَفْعُها بجُزْءٍ مِن النَّماءِ، كالتى قبلَها. وقال القاضى[5]: لا يَصِحُّ؛ لأنَّ المُشَارَكَةَ بالعُرُوضِ لا تَصِحُّ، والأُجْرَةُ للعامِلِ؛ لِأَنَّه مَلَكَ الماءَ باغْتِرَافِه فى الإناءِ، ولصاحِبَيْه[6] أُجْرَةُ المِثْلِ؛ لأنَّه اسْتَوْفَى

---

(١) فى م: «الفرس».

(٢) أخرجه أبو داود، فى: باب فى الخرص، من كتاب البيوع. سنن أبى داود ٢/ ٢٣٦.
كما أخرجه أبو عبيد، فى: كتاب الأموال ٥٦.

(٣) فى م: «راوية».
والراوية: وعاء كالقربة ونحوها يحمل فيها الماء فى السفر.

(٤) فى م: «رزقهم».

(٥) سقط من: الأصل.

(٦) فى الأصل: «ولصاحبه»، وفى م: «فلصاحبيه».

مَنافِعَ مِلْكِهما[1] بشُبْهَةِ عَقْدٍ. ولو اشْتَرَك صانِعَانِ على أن يَعْمَلا بأَدَاةِ أحَدِهما فى بَيْتِ الآخَرِ، والكَسْبُ بَيْنَهما، صَحَّ؛ لأَنَّ الأُجْرَةَ على عَمَلِهما، وبه يُسْتَحَقُّ الرِّبْحُ، ولا يُسْتَحَقُّ بالآلَةِ والبَيْتِ شىءٌ، إنَّما يَسْتَعْمِلَانِهما[2] فى العَمَلِ، فصَارَا كالدَّابَّتَيْنِ فى الشَّرِكَةِ. ولو اشْتَرَك صاحِبُ بَغْلٍ ورَاوِيَةٍ على أنْ يُؤْجِراهما، والأُجْرَةُ بينَهما، لم يَصِحَّ؛ لأنَّ حاصِلَه أَنَّ كُلَّ واحِدٍ منهما يُؤْجِرُ مِلْكَه، ويُعْطِى الآخَرَ مِن أُجْرَتِه، وليس بصَحِيحٍ، والأُجْرَةُ كلُّها لمالِكِ البَهِيمَةِ؛ لأَنَّه صاحِبُ الأَصْلِ، وللآخَرِ أُجْرَةُ مِثْلِه.

فصل: الضَّرْبُ الثالثُ، شَرِكَةُ الوُجُوهِ؛ وهو أن يَشْتَرِكَ رَجُلَانِ فيما يَشْتَرِيانِ بجَاهِهِما وثِقَةِ التُّجَّارِ بهما، مِن غيرِ أن يكونَ لهما رَأْسُ مَالٍ، على أنَّ ما اشْتَرَيَاه فهو بَيْنَهما على ما يَتَّفِقانِ[3] عليه مِن مُساوَاةٍ أو تَفاضُلٍ، ويَبِيعَانِ، فما رزَقَ اللَّهُ تعالى مِن الرِّبْحِ[4]، فهو بَيْنَهما على ما اتَّفَقَا عليه، فهو جائزٌ، سَواءٌ عَيَّنَ أحدُهما لصاحِبِه ما يشْتَرِيه، أو قال: ما اشْتَرَيْتَ مِن شىءٍ فهو بَيْنَنا. نَصَّ عليه. والرِّبْحُ بَيْنَهما على ما اشْتَرَطَاه. وقال القاضى: الرِّبْحُ بَيْنَهما على قَدْرِ مِلْكَيْهما فى المُشْتَرَى. ولنا، أنَّهما شَرِيكَانِ فى المالِ (٥والعَمَلِ٥)، فجازَ تَفاضُلُهما فى الرِّبْحِ مع تَساوِيهما فى

---

(١) فى س ١، ف: «ملكيهما».
(٢) فى النسخ عدا الأصل: «يستعملانها».
(٣) فى م: «اتفقا».
(٤) فى س ١، س ٢، ف: «ربح».
(٥ - ٥) سقط من: م.

المِلْكِ، كشَرِيكَيِ العِنَانِ. والوَضِيعَةُ على قَدْرِ مِلْكَيْهما فى المُشْتَرَى؛ لأَنَّه رَأْسُ المالِ.

ومَبْنَاهَا على الوَكَالَةِ؛ لأَنَّ كُلَّ واحِدٍ منهما وَكِيلُ صاحِبِه فيما يَشْتَرِيه ويَبِيعُه.

وحُكْمُها[1] فى جَوازِ ما يجوزُ لكُلِّ واحِدٍ[2] منهما أو يُمْنَعُ منه، حُكْمُ شَرِكَةِ العِنَانِ.

فصل: الضَّرْبُ الرابِعُ، شَرِكَةُ المُفَاوَضَةِ؛ وهو أنْ يَشْتَرِكَا [3]فى كلِّ[3] شىءٍ يَمْلِكَانِه، وما يلْزَمُ كُلَّ واحدٍ منهما مِن ضَمانِ غَصْبٍ، أو جِنايَةٍ، أو تَفْرِيطٍ، وفيما يَجِدانِ مِن رِكازٍ أو لُقَطَةٍ، فلا تَصِحُّ؛ لأَنَّه يَكْثُرُ فيها الغَرَرُ، ولأَنَّها لا تَصِحُّ بينَ المُسْلِمِ والكافِرِ، فلا تَصِحُّ بينَ المسلمينَ، كسائرِ العُقُودِ؛ المَنْهِىِّ[4] عنها، ولأَنَّه يَدْخُلُ فيها أكْسَابٌ غيرُ مُعْتادَةٍ، وحُصُولُ ذلك وَهْمٌ لا يتعَلَّقُ به حُكْمٌ.

---

(1) فى الأصل، س ٢: «حكمهما».

(2) سقط من: الأصل.

(٣ - ٣) فى الأصل: «على».

(4) فى م: «للنهى».

[١٨٧ظ] بابُ المضارَبةِ

وهى أن يدْفَعَ إنْسانٌ مالَه إلى آخَرَ يَتَّجِرُ فيه والرِّبْحُ بَيْنَهما.

وهى جائزةٌ بالإجْماعِ، تُرْوَى إباحَتُها عن عُمَرَ، وعلىٍّ، وابنِ مَسْعُودٍ، وحَكِيمِ بنِ حِزَامٍ، رَضِىَ اللَّهُ عنهم، فى قِصَصٍ مُشْتَهِرَةٍ[1]، ولا مُخالِفَ لهم، فيَكُونُ إجْماعًا.

وتُسَمَّى مُضارَبَةً وقِرَاضًا، وتَنْعَقِدُ بلَفْظِهما، وبكُلِّ ما يُؤَدِّى مَعْناهما؛ لأنَّ القَصْدَ المَعْنَى، فجازَ بما دَلَّ عليه، كالوَكالَةِ. وحُكْمُها حُكْمُ شَرِكَةِ العِنَانِ فى جَوَازِها وانْفِساخِها، وفيما يكونُ رأْسُ المالِ فيها وما لا يكونُ، وما يَمْلِكُه العامِلُ وما يُمْنَعُ منه، وكَوْنِ الرِّبْحِ بَيْنَهما على ما شَرَطَاه؛ لأنَّها شَرِكَةٌ، فيَثْبُتُ[2] فيها ذلكَ، كشَرِكَةِ العِنَانِ.

فصل: ويُشْتَرَطُ تَقْدِيرُ نَصِيبِ العامِلِ، ونَصِيبِ كُلِّ واحِدٍ مِن الشَّرِيكَيْنِ فى الشَّرِكَةِ بجُزْءٍ مُشَاعٍ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ عامَلَ أهْلَ خَيْبَرَ بشَطْرِ ما يخْرُجُ منها[3]. والمُضَارَبَةُ فى مَعْنَاها. فإنْ قال:

(١) فى الأصل، ف: «مشهورة».

(٢) فى الأصل: «فثبت».

(٣) أخرجه البخارى، فى: باب إذا استأجر أرضا فمات أحدهما، من كتاب الإجارة، وفى: باب المزارعة مع اليهود، وباب المزارعة بالشطر ونحوه، وباب إذا لم يشترط السنين فى =

خُذْهُ[1] مُضَارَبَةً ، والرِّبحُ بَيْنَنا . صحَّ ، وهو بَيْنَهما نِصْفَيْنِ ؛ لأنَّه أَضافَه إليهما إضافَةً واحِدَةً مِن غيرِ تَرْجِيحٍ لأحَدِهما [2]على الآخَرِ[2] ، فاقْتَضَى التَّسْوِيَةَ ، كقَوْلِه : هذه الدَّارُ بَيْنِى وبَيْنَكَ . وإن قال : عَلَى أنَّ لكَ ثُلُثَ الرِّبْحِ . صَحَّ ، والباقِى لرَبِّ المالِ ؛ لأنَّه يَسْتَحِقُّه لكَوْنِه نَماءَ مالِه[3] ، فلم يَحْتَجْ إلى شَرْطِه . وإن قال : عَلَى أنَّ لى ثُلُثَ الرِّبْحِ . ولم يَذْكُرْ نَصِيبَ العامِلِ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ العامِلَ إنَّما يَسْتَحِقُّ[4] بالشَّرْطِ ، ولا شَرْطَ له . والثانى ، يَصِحُّ ، والباقى للعامِلِ ؛ لأنَّه يدُلُّ بخِطَابِه على ذلك ، كقَوْلِه تعالى : ﴿ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ ﴾[5] . دَلَّ على أنَّ باقِيَه للأَبِ . وإن قال : لِيَ النِّصْفُ ولكَ الثُّلُثُ . وترَكَ السُّدُسَ ، فهو لرَبِّ

= المزارعة ، من كتاب الحرث والمزارعة ، وفى : باب الشروط فى المعاملة ، من كتاب الشروط ، وفى : باب معاملة النبى ﷺ أهل خيبر ، من كتاب المغازى . صحيح البخارى ٣/ ١٢٣، ١٣٧، ١٣٨، ٢٤٩، ٥/ ١٧٩. ومسلم ، فى : باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/ ١١٨٦. وأبو داود ، فى : باب فى المساقاة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/ ٢٣٥. والترمذى ، فى : باب ما ذكر فى المزارعة ، من أبواب المزارعة . عارضة الأحوذى ٦/ ١٣٥. وابن ماجه ، فى : باب معاملة النخيل والكرم ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢/ ٨٢٤، ٨٢٥. والدارمى ، فى : باب أن النبى ﷺ عامل خيبر ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/ ٢٧٠. والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى المساقاة ، من كتاب المساقاة . الموطأ ٢/ ٧٠٣. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/١٧، ٢٢، ٣٧، ١٥٧.

(١) فى الأصل : « هذه » .

(٢ - ٢) زيادة من : الأصل .

(٣) فى م : « له » .

(٤) فى ب : « استحق » .

(٥) سورة النساء ١١.

المالِ ؛ لأنَّه يَسْتَحِقُّه بمَالِه . وإنْ قال : خُذْه[1] مُضارَبَةً بالثُّلُثِ . صَحَّ ، وهو للعامِلِ ؛ لأنَّ الشَّرْطَ يُرَادُ مِن أجْلِه ، ورَبُّ المالِ يأْخُذُ بمالِه لا بالشَّرْطِ . ومتى اخْتَلَفَا لِمَن الجُزْءُ المَشْرُوطُ ، فهو للعامِلِ ؛ لذلك ، واليَمِينُ على مُدَّعِيه .

فصل : وإن لم يَذْكُرِ الرِّبْحَ ، أو[2] قال : لك جُزْءٌ مِن الرِّبْحِ . أو : شَرِكَةٌ . لم تَصِحَّ المُضَارَبَةُ ؛ لأنَّ الجَهالَةَ تَمْنَعُ تَسْلِيمَ الواجِبِ . وإن قال : لك مِثْلُ ما شُرِطَ لفُلَانٍ . وهما يعْلَمانِه ، صَحَّ ، وإن جَهِلاه أو أحدُهما ، لم يَصِحَّ . ولا يجوزُ أَنْ يَشْرِطا[3] لأحَدِهما دَرَاهِمَ معْلُومَةً ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أنْ لا يَرْبَحَها ، أو لا يَرْبحَ غيرَها ، فيَخْتَصَّ أحدُهما بجميعِ الرِّبْحِ . ولو شرَطَ لأحَدِهما رِبْحَ أحَدِ الأَلْفَيْنِ ، أو أحَدِ الكِيسَيْنِ[4] ، أو أحَدِ العَبْدَيْنِ ، وللآخرِ رِبْحَ الآخَرِ ، أو جعَلَ حقَّه فى عَبْدٍ يشْتَرِيه ، أو أنَّه إذا اشْتَرَى عَبْدًا أخذَه برأْسِ المالِ ، لم يَصِحَّ ؛ لإفْضَائِه إلى اخْتِصَاصِ أحَدِهما بالرِّبْحِ .

فصل : وإن قال : خُذْه [١٨٨و] مُضَارَبَةً ، والرِّبْحُ كلُّه لك . أو قال : لِى . لم يصِحَّ ؛ لأنَّ مَوْضُوعَها على الاشْتِرَاكِ فى الرِّبْحِ ، فشَرْطُه كُلُّه له[5] يُنَافِى مُقْتَضَى العَقْدِ ، فبَطَل . وإنْ قال : خُذْه فاتَّجِرْ به[6] ، والرِّبْحُ كُلُّه لكَ .

---

(١) فى الأصل : « هذه » .

(٢) فى الأصل : « و » .

(٣) فى س ١ ، س ٢ ، ف ، م : « يشرط » .

(٤) فى ف : « الكبشين » .

(٥) فى س ٢ : « لم » .

(٦) فى الأصل : « فيه » .

فهو[1] قَرْضٌ ؛ لأنَّ اللَّفْظَ يصْلُحُ للقَرْضِ ، وقد قَرَنَ به حُكْمَه ، فتَعَيَّنَ له . وإنْ قال : والرِّبْحُ كلُّه لى . فهو إبْضَاعٌ ؛ لأَنَّه قَرَن به حُكْمَه .

فصل : فإنْ قالَ لغَرِيمِه : ضَارِبْ بالدَّيْنِ الذى عليك . لم يَصِحَّ ؛ لأَنَّ ما فى يَدِ الغَرِيمِ لنَفْسِه ، لا يَصِيرُ لغَرِيمِه إلَّا بقَبْضِه . فإنْ عزَلَ شيئًا واشْتَرَى به ، فالشِّرَاءُ له ؛ لأَنَّه اشْتَرَى بمالِه . ويَحْتَمِلُ أنْ تَصِحَّ المُضارَبَةُ ؛ لأنَّه اشْتَرَى له بإذْنِه ، ودَفَع المالَ إلى مَن أَذِن له فى دَفْعِه إليه ، فَبَرِئَتْ به ذِمَّتُه . وإن كانت له وَدِيعَةٌ ، فقالَ للمُودَعِ : ضارِبْ بها . صَحَّ ؛ لأَنَّه عَيْنُ مالِه . فإن كان عَرْضًا فقال : بِعْهُ وضارِبْ بثَمَنِه . صَحَّ ؛ لأَنَّ الثَّمَنَ عَيْنُ مالِ رَبِّ المالِ . وإن قال : اقْبِضْ مَالِى على فُلانٍ ، فضَارِبْ به . ففَعَلَ ، صحَّ ؛ لأَنَّه وَكِيلٌ فى قَبْضِه ، فيَصِيرُ كالوَدِيعَةِ .

فصل : ويصِحُّ أنْ يَشْرُطَ على العامِلِ أنْ لا يُسافِرَ بالمالِ ، أو[2] لا يَتَّجِرَ به إلَّا فى بلَدٍ بعَيْنِه ، أو نَوْعٍ بعَيْنِه ، أو لا يُعامِلَ إلَّا رجلًا بعَيْنِه ؛ لأَنَّه إذنٌ فى التَّصَرُّفِ ، فجازَ ذلك فيه كالوَكَالَةِ . ويَصِحُّ تَوْقِيتُها ، فيقولُ : ضارَبْتُكَ بهذِه الدَّراهمِ سنَةً . لذلك . نَصَّ عليه . وعنه ، لا يصِحُّ . اخْتارَها أبو حَفْصٍ ؛ لأَنَّه عَقْدٌ يجوزُ مُطْلَقًا ، فلم يَجُزْ تَوْقِيتُه ، كالنِّكاحِ . ويصِحُّ أنْ يَشْرُطَ نفَقَةَ نَفْسِه حَضَرًا وسفَرًا ؛ قِياسًا على التَّوْكِيلِ[3] .

فصل : ولا يصِحُّ أنْ يشْتَرِطَ ما يُنَافِى مُقْتَضَى العَقْدِ ، نحوَ أن يَشْرُطَ

---

(١) فى س ٢: « فالربح كله » .

(٢) فى الأصل، م: « و » .

(٣) فى م: « الوكيل » .

لُزومَ المُضارَبَةِ ، أو لا يَعْزِلَه مُدَّةً بعَيْنِها ، أو لا يَبِيعَ إلَّا برأْسِ المالِ ، أو أقلَّ ، أو يُوَلِّيَه ما يختارُ مِن السِّلَعِ ؛ لأنَّه يُفَوِّتُ المَقْصودَ مِن العَقْدِ . وإنْ شَرَطَ أنْ يَتَّجِرَ له فى مالٍ آخرَ مُضارَبَةً ، أو بِضاعَةً ، أو خِدْمَتَه[1] فى شىءٍ ، أو أن[2] يَرْتَفِقَ[3] بالسِّلَعِ ، أو شرَطَ على العامِلِ الضَّمانَ ، أو الوَضِيعَةَ أو سَهْمًا منها ، أو متى باعَ سِلْعَةً ، فهو أحَقُّ بها بالثَّمَنِ ، فالشَّرْطُ فاسِدٌ ؛ لأنَّه ليس مِن[4] مَصْلَحةِ العَقْدِ ، ولا مُقْتَضاه .

فصل : وكلُّ شَرْطٍ يُؤَثِّرُ فى جَهالَةِ الرِّبْحِ يُبْطِلُ المُضارَبَةَ ؛ لأنَّه يَمْنَعُ التَّسْليمَ الواجِبَ ، وما لا يُؤَثِّرُ فيه[5] ، لا يُبْطِلُها ، فى قياسِ قَوْلِه ؛ لنَصِّه فيما إذا شَرَط سَهْمًا مِن الوَضِيعَةِ ، أنَّ المُضارَبَةَ صحِيحَةٌ ؛ لأنَّه إذا حَذَفَ الشَّرْطَ ، بَقِىَ الإذْنُ بحالِه . ويَحْتَمِلُ البُطْلانَ ؛ لأنَّه إنَّما رَضِىَ بالعَقْدِ بهذا الشَّرْطِ ، فإذا فَسَدَ ، فاتَ الرِّضَا به ، ففَسَدَ ، كالمُزَارَعَةِ إذا شرَطَ البَذْرَ مِن العامِلِ ، و[6]كالشُّروطِ الفاسِدَةِ[6] فى البيعِ . ومتى فسَدَتْ ، فالتَّصَرُّفُ صحيحٌ ؛ لأنَّه بإذْنِ رَبِّ المالِ ، والوَضِيعَةُ عليه ؛ لأنَّ كُلَّ عَقْدٍ لا ضَمانَ فى صَحِيحِه لا ضَمانَ فى فاسِدِه ، والرِّبْحُ لرَبِّ المالِ ؛ لأنَّه نَماءُ مالِه ، وإنَّما

---

(١) فى الأصل ، م : « خدمة » .
(٢) سقط من : م .
(٣) فى م : « يرفق » .
(٤) فى م : « فى » .
(٥) فى م : « فيها » .
(٦ - ٦) فى الأصل : « كالشرط الفاسد » .

يُسْتَحَقُّ[1] بالشَّرْطِ ، وهو فاسِدٌ هـٰهنا لا يُسْتَحَقُّ به شىءٌ ، وللعامِلِ أُجْرَةُ[2] مِثْلِه ؛ لأنَّه بذَل مَنافِعَه بعِوَضٍ لم يُسَلَّمْ له . وإنْ فسَدَتِ الشَّرِكَةُ ، قُسِمَ الرِّبْحُ على رُءُوسِ أمْوالِهما ، ورَجَعَ كُلُّ واحِدٍ منهما على الآخَرِ بأَجْرِ عمَلِه ؛ [١٨٨ظ] لِمَا ذكَرْنا . وقال الشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ : الرِّبْحُ بَيْنَهما على ما شَرَطَاه ؛ لأنَّه عَقْدٌ يجوزُ أن يكونَ عِوَضُه مَجْهُولًا ، فوَجَبَ المُسَمَّى فى فاسِدِه ، كالنِّكاحِ .

فصل : وعلى العامِلِ عمَلُ ما جَرَتِ العادَةُ بعَمَلِه له[3] ؛ مِن[3] نَشْرٍ وطَىٍّ ، وإيجابٍ وقَبُولٍ ، وقَبْضِ ثَمَنٍ ، (4)ووَزْنِ(4) ما خَفَّ ، كالنُّقُودِ والمِسْكِ والعُودِ ؛ لأنَّ إطْلاقَ الإذْنِ يُحْمَلُ على العُرْفِ ، والعُرْفُ أنَّ[3] هذه الأُمُورَ يتَوَلَّاها بنَفْسِه ، فإنِ اسْتَأْجَرَ مَن يفْعَلُها ، فعليه الأُجْرَةُ فى مالِه ؛ لأنَّه بذَلَها عِوَضًا عمَّا يلْزَمُه ، وما جرَتِ العادَةُ أنْ يَسْتَنِيبَ فيه ؛ كحَمْلِ المَتاعِ ، (5)ووَزْنِ(5) ما يَثْقُلُ ، والنِّدَاءِ ، فله أنْ يَسْتَأْجِرَ مِن مالِ القِرَاضِ مَنْ يفْعَلُه ؛ لأنَّه العُرْفُ . فإنْ فعَلَه بنَفْسِه ليَأْخُذَ أُجْرَةً ، لم يَسْتَحِقَّها . نَصَّ عليه ؛ لأنَّه تبَرَّعَ بفِعْلِ ما لم يَلْزَمْه ، فلم يكنْ له أجْرٌ ، كالمرْأةِ التى تَسْتَحِقُّ على زَوْجِها خادِمًا إذا خدَمَتْ نفْسَها . ويتَخَرَّجُ أنَّ له الأَجْرَ ؛ لأنَّه فعَلَ ما

---

(١) بعده فى س ٢ : « هـٰهنا » .

(٢) فى س ١ ، م : « أجر » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤ - ٤) فى الأصل : « دون » .

(٥ - ٥) فى الأصل : « دون » .

يَسْتَحِقُّ الأَجْرَ فيه ، فاسْتَحَقَّه ، كالأَجْنَبِيِّ .

فصل : وليس له أن يَشْتَرِيَ بأَكْثَرَ مِن رأْسِ المالِ ؛ لأَنَّ الإِذْنَ لم يتناوَلْ غيرَه ، فإن كان أَلْفًا ، فاشْتَرَى عَبْدًا بأَلْفٍ ، فهو للمُضَارَبَةِ ؛ لأَنَّه مأْذُونٌ فيه . فإنِ اشْتَرَى آخَرَ ، لم يَدْخُلْ فى المُضارَبَةِ ؛ لأنَّه غيرُ مأْذُونٍ فيه . وحُكْمُه حُكْمُ ما لو اشْتَرَى لغيرِه شيئًا بغيرِ إذْنِه . فإن تَلِفَ[1] الأَلْفُ قبلَ نَقْدِه[2] فى الأوَّلِ ، فعلى رَبِّ المالِ الثَّمَنُ ؛ لأَنَّ الشِّراءَ بإذْنِه ، ويَصِيرُ رأْسُ المالِ الثَّمَنَ الثانىَ ؛ لأَنَّ الأَوَّلَ[3] تَلِفَ[1] قبلَ تَصَرُّفِه فيه[4] ، وإن تَلِفَ[1] قبلَ الشِّراءِ ، لم يدْخُلِ المُشْتَرَى فى المُضارَبَةِ ؛ لأَنَّها انْفَسَخَتْ قبلَ الشِّراءِ ، لتَلَفِ رأْسِ المالِ وزَوَالِ الإذْنِ .

فصل : وليس له التَّصَرُّفُ إلَّا على الاحْتِياطِ ، كالوَكِيلِ ؛ لأَنَّه وَكِيلُ رَبِّ المالِ ، إلَّا أَنَّ له شِراءَ المَعِيبِ ؛ لأَنَّ مقْصُودَها الرِّبْحُ ، وقد يَرْبَحُ فى المَعِيبِ ، بخِلافِ الوَكَالَةِ ؛ فإنَّ الشِّراءَ فيها يُرادُ للقُنْيَةِ . وإذا اشْتَرَى شيئًا فبانَ مَعِيبًا ، فله رَدُّه ، فإنِ اخْتلَفَ هو ورَبُّ المالِ فى رَدِّه ، فعلَ ما فيه النَّظَرُ ؛ لأَنَّ المَقْصُودَ الحَظُّ لهما ، فإذا اخْتَلَفا ، قُدِّمَ الأَحَظُّ .

فصل : فإنِ اشْتَرَى مَن يَعْتِقُ على رَبِّ المالِ ، صحَّ ؛ لأَنَّه مالٌ مُتَقَوَّمٌ

---

(١) فى س ٢ : « تلفت » .

(٢) فى س ٢ : « نقدها » .

(٣) فى س ٢ : « الأولى » .

(٤) فى س ٢ : « فيها » .

قابِلٌ للعُقُودِ[1]، فصَحَّ شِراؤُه، كالذى نَذَر رَبُّ المالِ عِتْقَه، ويَعْتِقُ، وعلى العامِلِ الضَّمانُ، عَلِمَ أو لم يعْلَمْ؛ لأنَّ مالَ المُضارَبَةِ تَلِف بتَفْرِيطِه. وفى قَدْرِ ما يَضْمَنُ وَجْهان؛ أحدُهما، ثَمَنُه؛ لأنَّه فاتَ فيه. والثانى، قِيمَتُه؛ لأنَّها التالِفَةُ. وقال أبو بَكْرٍ: إن لم يعْلَمْ، لم يَضْمَنْ؛ لأنَّه مَعْذُورٌ، فلم يَضْمَنْ، كما لو اشْتَرَى مَعِيبًا لم يعْلَمْ عَيْبَه. ويَتَخَرَّجُ أن لا يصِحَّ شِراؤُه؛ لأنَّ الإذْنَ تقَيَّدَ بالعُرْفِ لِما يُمْكِنُ بَيْعُه والرِّبْحُ فيه، فلا يتَناوَلُ غيرَه، ولأنَّه تقَيَّدَ بما يُظَنُّ الحَظُّ فيه، وهذا لا حَظَّ للتِّجارَةِ فيه، ولهذا جعَلْنَاه مُفَرِّطًا، [١٨٩و] وألْزَمْنَاه الضَّمانَ.

وإنِ اشْتَرَى زَوْجَةَ رَبِّ المالِ، أو زَوْجَ رَبَّةِ المالِ، صَحَّ، وانْفَسخَ النِّكاحُ لِمِلْكِه إيَّاه، فإن كان قبلَ الدُّخُولِ، فعلى العامِلِ نِصْفُ الصَّداقِ؛ لأنَّه أفْسَدَ نِكاحَه، فأَشْبَهَ مَن أفْسَدَه بالرَّضاعِ.

فصل: فإنِ اشْتَرَى مَن يَعْتِقُ على نَفْسِه، ولا رِبْحَ[2] فى المالِ، لم يَعْتِقْ. وإن ظهرَ فيه رِبْحٌ، وقُلْنا: لا يَمْلِكُ العامِلُ إلَّا بالقِسْمَةِ. لم يَعْتِقْ أيضًا. وإن قُلْنا: يَمْلِكُه بالظُّهورِ. عتَقَ عليه قَدْرُ حِصَّتِه منه، وسَرَى إلى باقِيه إن كان مُوسِرًا، وغَرِم قِيمَتَه، وإن كان مُعْسِرًا، لم يَعْتِقْ عليه إلَّا ما مَلَكَ. وقال أبو بَكْرٍ: لا يَعْتِقُ بحالٍ؛ لأنَّه لم يَتِمَّ مِلْكُه فى الرِّبْحِ، لكَوْنِه وِقايَةً لرأْسِ المالِ.

فصل: وليس له وَطْءُ جارِيَةٍ مِن المالِ، فإن فَعَل، فعليه المَهْرُ؛ لأنَّها

---

(١) فى الأصل: «للعقد».

(٢) فى الأصل: «يربح».

مَمْلُوكَةُ غيرِه ، ويُعَزَّرُ . نَصَّ عليه . ولا حَدَّ عليه ، لشُبْهَةِ حقِّه فيها . وقال القاضى : عليه الحدُّ إن لم يَظْهَرْ رِبْحٌ ؛ لأنَّه لا مِلْكَ له فيها . والأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لأنَّ ظُهورَ الرِّبْحِ يَنْبَنِى على التَّقْوِيمِ ، وهو غيرُ مُتَحقِّقٍ ، فيكونُ شُبْهَةً . فإن ولَدَتْ منه ، ولم يَظْهَرْ رِبْحٌ ، فالوَلَدُ مَمْلُوكٌ ، ولا تَصِيرُ[1] الجارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ[2] ؛ لأنَّها عَلِقَتْ به فى غيرِ مِلْكٍ . وإنْ ظَهَرَ رِبْحٌ ، فالوَلَدُ حُرٌّ ، وأُمُّه أُمُّ وَلَدٍ ، وعليه قِيمَتُها ، ويَسْقُطُ مِن القِيمَةِ والمَهْرِ قَدْرُ حِصَّةِ العاملِ منها . وإن أَذِنَ له رَبُّ المالِ فى التَّسَرِّى فاشْتَرَى جارِيَةً ، خرَجَتْ مِن المُضارَبَةِ ، وصارَ ثَمَنُها قَرْضًا ؛ لأنَّ اسْتِبَاحَةَ البُضْعِ لا تكونُ إلَّا بمِلْكٍ أو[3] نِكاحٍ ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تعالَى : ﴿ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُمۡ ﴾[4] .

فصل : وليس لربِّ المالِ وَطْءُ جارِيَةٍ مِن المُضارَبَةِ ؛ لأنَّ لغيرِه فيها حَقًّا ، فإن فَعَل ، فلا حَدَّ عليه ؛ لأنَّها مِلْكُه . وإن لم تَعْلَقْ منه ، فالمُضارَبَةُ بحالِها ، وإن عَلِقَتْ منه ، فالوَلَدُ حُرٌّ ، وتَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ له ، وتَخْرُجُ مِن المُضارَبَةِ ، وتُحْسَبُ عليه قِيمَتُها ، ويأْخُذُ المُضارِبُ حِصَّتَه مِن الرِّبحِ ممَّا بَقِىَ .

فصل : وليس له دَفْعُ المالِ مُضارَبَةً ؛ لأنَّه إنَّما دُفِعَ إليه المالُ ليُضارِبَ به ، وبهذا يَخْرُجُ عن كَوْنِه مُضارِبًا[5] ، فإن فَعَل فهو مَضْمُونٌ على كُلِّ واحدٍ منهما ؛ على الأَوَّلِ لتعَدِّيه ، وعلى الثانى لأَخْذِه مالَ غيرِه بغيرِ إذْنِه ،

---

(١) بعده فى م : « به » .

(٢) فى ف : « ولده » .

(٣) فى الأصل : « و » .

(٤) سورة المؤمنون ٦ .

(٥) فى م : « مضاربة » .

فإن غَرِم الأوَّلُ، ولم يَعْلَم الثانى بالحالِ، لم يَرْجِعْ عليه؛ لأنَّه دفَعَه إليه أَمَانَةً، وإن عَلِم، رَجَع عليه، وإن غَرِم الثانى مع عِلْمِه، لم يَرْجِعْ على أحَدٍ، وإن لم يعْلَمْ، فهل[1] يَرْجِعُ على الأَوَّلِ؟ على وجْهَيْنِ، بناءً على المُشْتَرِى مِن الغاصِبِ. وإن رَبِح، فالرِّبْحُ لرَبِّ المالِ؛ لأنَّه نَماءُ مالِه، ولا أُجْرَةَ لواحدٍ منهما؛ لأَنَّ الأوَّلَ لم يَعْمَلْ، والثانى عَمِل فى مالِ غيرِه بغيرِ إذْنِه، فأشْبَهَ الغاصِبَ. وعنه، له أُجْرَةُ مِثْلِه؛ لأنَّه عَمِل فى المالِ بشُبْهَةِ المُضارَبَةِ، فأَشْبَهَ المُضارَبَةَ الفاسِدَةَ. ويَحْتَمِلُ أنَّه إنِ اشْتَرَى فى الذِّمَّةِ، كان الرِّبْحُ له، فأَمَّا إن دَفَعه إلى غيرِه بإذْنِ ربِّ المالِ، صحَّ، ويَصِيرُ[2] الثانى المُضَارِبَ. فإنْ شَرَط الدافِعُ لنَفْسِه شيئًا مِن الرِّبْحِ، لم يَسْتَحِقَّ شيئًا؛ لأنَّ الرِّبْحَ[3] يُسْتَحَقُّ بمالٍ أو عَمَلٍ، وليس له واحِدٌ منهما.

فإن قال له رَبُّ المالِ: اعْمَلْ [١٨٩ظ] برأْيِكَ. فعن أحمدَ جَوازُ دَفْعِه مُضارَبَةً، كما ذكَرْنا فى الشَّرِكَةِ.

فصل: إذا تعَدَّى المُضَارِبُ بفِعْلِ ما ليس له، فهو ضامِنٌ؛ لأنَّه تصَرَّفَ بغيرِ إذْنِ المالِكِ، فضَمِنَ[4] كالغاصِبِ، والرِّبْحُ لرَبِّ المالِ، ولا أُجْرَةَ له؛ لأنَّه عَمِل بغيرِ إذْنٍ، أَشْبَهَ الغاصِبَ. وعنه، له أُجْرَةُ مِثْلِه ما لم تُحِطْ بالرِّبْحِ، كالإجارَةِ الفاسِدَةِ. وعنه، له[5] أَقَلُّ الأمْرَيْنِ مِن أُجْرَتِه أو ما شُرِطَ

---

(١) فى الأصل: «لم».

(٢) بعده فى م: «هو».

(٣) بعده فى الأصل: «إنما».

(٤) فى م: «فيصير».

(٥) فى الأصل: «أنه».

له ؛ لأنَّه رَضِيَ بما جُعِلَ له ، فلا يَسْتَحِقُّ أكْثَرَ منه ، ولا يَسْتَحِقُّ أكْثَرَ مِن أُجْرَةِ المِثْلِ ؛ لأنَّه لم يَفْعَلْ ما جُعِلَ له الرِّبْحُ فيه . وقال القاضي : إنِ اشْتَرَى في الذِّمَّةِ ، ثم نَقَد المالَ ، فكذلك ، وإنِ اشْتَرَى بعَيْنِ المالِ ، فالشِّراءُ باطِلٌ ، في رِوايَةٍ ، والنَّماءُ للبائعِ ، وفي رِوايَةٍ ، يَقِفُ على إجازَةِ المالِكِ ، فإنْ لم يُجِزْه ، فالبيعُ باطِلٌ أيضًا ، وإنْ أجازَه ، صحَّ ، والنَّماءُ له ، وإن أخذ الرِّبْحَ ، كان إجازَةً منه للعَقْدِ ؛ لأنَّه دَلَّ على رِضَاه . وفي أُجْرَةِ المُضارِبِ ما ذكَرْناه .

فصل : ونفَقَةُ العامِلِ[1] على نَفْسِه حضَرًا وسفَرًا ؛ لأنَّها تَخْتَصُّ به ، فكانَتْ عليه ، كنَفَقَةِ زَوْجَتِه ، ولأنَّه دَخَل على أنَّ له جُزْءًا[2] مُسَمًّى ، فلم يَسْتَحِقَّ غيرَه ، كالمُساقِي . وإنِ اشْتَرَطَ نَفَقَتَه ، فله ذلك ؛ لقَوْلِ النبيِّ ﷺ : « المُؤْمِنُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ »[3] .

ويُسْتَحَبُّ[4] تَقْدِيرُها ؛ لأنَّه أبْعَدُ مِن الغَرَرِ ، فإن أطْلَقَ ، جاز ؛ لأنَّ لها عُرْفًا تَنْصَرِفُ إليه ، فأشْبَهَ إطْلَاقَ الدِّينارِ في بَلَدٍ له فيه عُرْفٌ . قال أحمدُ : يُنْفِقُ على ما كانَ يُنْفِقُ غيرَ مُتَعَدٍّ بالنَّفَقَةِ ، ولا مُضِرٍّ بالمالِ ، وله نفَقَتُه مِن المأْكُولِ خاصَّةً ، إلَّا أن يكونَ سَفَرُه طوِيلًا يحْتاجُ إلى تَجْدِيدِ كِسْوَةٍ ، فله أنْ يكْتَسِيَ ، فإن كان معه مالٌ آخَرُ ، فالنَّفَقَةُ على المالَيْنِ[5] بالحِصَصِ ؛ لأنَّ

---

(١) في ف : « المضارب » .

(٢) في الأصل : « أجرا » .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٧٢ .

(٤) في م : « ويستحق » .

(٥) في الأصل : « الحالين » .

النَّفَقَةَ للسَّفَرِ، والسَّفرُ لهما. وإن مات لم يَجِبْ تكْفِينُه؛ لأنَّه لم يَبْقَ عامِلًا. وإنْ لَقِيَه رَبُّ المالِ فى السَّفَرِ، ففَسَخ المُضارَبَةَ، فلا نفَقَةَ له لرُجُوعِه؛ لذلك.

فصل: وللمُضارِبِ أنْ يأْخُذَ مُضارَبَةً أُخْرَى، إذا لم يكنْ فيه ضَرَرٌ على الأَوَّلِ[1]؛ [2]بأن لا يَشْتَغِلَ عَن النَّظَرِ فى أمْوَالِه[2]؛ لأنَّه عَقْدٌ لا يَمْلِكُ به مَنافِعَه كلَّها، فلم يَمْنَعْ[3] عَقْدًا آخَرَ، كالوَكالَةِ. فإن كانَتِ الثانيةُ تشْغَلُه عن الأُولَى، لم يَجُزْ؛ لأنَّه تصَرُّفٌ يَضُرُّ به، فلم يَجُزْ، كالبَيْعِ بغَبْنٍ، فإن فَعَل، ضَمَّ[4] نَصِيبَه مِن الرِّبْحِ فى الثانى إلى رِبْحِ الأوَّلِ، فاقْتَسَماه؛ لأنَّ رِبْحَه الثانىَ حَصَل بالمَنْفَعَةِ التى اقْتَضاها العَقْدُ الأَوَّلُ. وإن فَعَل ذلكَ بإذْنِ الأَوَّلِ، جازَ؛ لأنَّ الحقَّ له، فجازَ بإذْنِه. فإن أخذَ مالَيْنِ مِن رجُلَيْنِ، واشْتَرَى بكلِّ مالٍ عَبْدًا، فاشْتَبَها عليه، ففيه وَجْهان؛ أحدُهما، يكُونان شَرِيكَيْنِ فيهما، كما لو اشْتَرَكا فى عَقْدِ البيعِ. والثانى، يأْخُذُهما العامِلُ، وعليه رأْسُ المالِ؛ لأنَّه تعَذَّرَ رَدُّهما بتَفْرِيطِه، فلَزِمَه ضَمانُهما، كما لو أَتْلَفَهما.

فصل: وإذا دَفَع إليه أَلْفًا، ثم دَفَع إليه أَلْفًا آخَرَ، لم يَجُزْ له ضَمُّ أحَدِهما إلى الآخَرِ؛ لأنَّه أَفْرَدَ كُلَّ واحِدٍ بعَقْدٍ له حُكْمٌ، فلم يَمْلِكْ تَغْيِيرَه،

---

(١) فى م: «الأولى».

(٢ - ٢) زيادة من: ف.

(٣) فى م: «يملك».

(٤) سقط من: م.

فإن أمَرَه بضَمِّهما قبلَ التَّصَرُّفِ فيهما، أو بعدَ أن نَضَّا، جاز، وصارا مُضارَبَةً واحدَةً. وإن كان بعدَ التَّصرُّفِ قبلَ أنْ يَنِضَّا، لم يَجُزْ؛ لأنَّ حُكْمَ ما [١٩٠و] تصَرَّفَ[1] فيه قد اسْتَقَرَّ، فصار رِبْحُه وخُسْرانُه[2] مُخْتَصًّا به، فضَمُّ الآخَرِ إليه[3] يُوجِبُ جَبْرَ وَضِيعَةِ أحَدِهما برِبْحِ الآخَرِ، فلم يَجُزْ.

فصل: وليس للمُضارِبِ رِبْحٌ حتى يَسْتَوْفِيَ[4] رأْسَ المالِ؛ لأَنَّ الرِّبْحَ هو الفاضِلُ[5] عن رأْسِ المالِ. فلو رَبِح في سِلْعَةٍ وخَسِرَ في أُخْرَى، أو في سَفْرَةٍ وخَسِرَ في أُخْرَى، جُبِرَتِ الوَضِيعَةُ مِن الرِّبْحِ. وإنْ تَلِفَ بعضُ المالِ قبلَ التَّصَرُّفِ، فتَلَفُه مِن رأْسِ المالِ؛ لأَنَّه تَلِف قبل التَّصَرُّفِ، أَشْبَهَ التالِفَ قبلَ القَبْضِ، وإن تَلِف بعدَ التَّصَرُّفِ، حُسِبَ مِن الرِّبْحِ؛ لأَنَّه دارَ في التِّجارَةِ. فإنِ اشْتَرَى عَبْدَيْنِ بمائةٍ فتَلِفَ أحدُهما، وباعَ الآخَرَ بخَمْسِينَ، فأخَذَ منها رَبُّ المالِ خَمْسَةً وعِشْرِينَ، بَقِيَ رأْسُ المالِ خَمْسِينَ؛ لأَنَّ ربَّ المالِ أَخَذ نِصْفَ المالِ المَوْجُودِ، فسَقَط نِصْفُ الخُسْرَانِ. ولو لم يَتْلَفِ العبدُ، وباعَهما بمائَةٍ وعِشْرِينَ، فأخَذَ رَبُّ المالِ سِتِّينَ، ثم خَسِرَ العامِلُ فيما معه عِشْرِينَ، فله مِن الرِّبْحِ خَمْسَةٌ؛ لأَنَّ سُدُسَ ما أَخَذَه ربُّ المالِ رِبْحٌ للعامِلِ نِصْفُه، وقد انْفَسَخَتِ المُضارَبَةُ فيه، فلا يُجْبَرُ به خُسْرَانُ

---

(١) في م: «يتصرف».

(٢) في س ٢، ب: «خسارته».

(٣) سقط من: الأصل.

(٤) في س ١، س ٢، ف، ب: «يوفي».

(٥) في م: «الفضل».

الباقى ، وإنِ اقْتَسَما العِشْرِينَ الرِّبحَ خاصَّةً ، ثم خَسِر عِشْرِينَ ، فعلى العاملِ رَدُّ ما أخَذَه ، وبَقِى رأسُ المالِ تِسْعِينَ ؛ لأنَّ العَشَرةَ الباقِيَةَ مع رَبِّ المالِ تُحْسَبُ مِن رأسِ المالِ .

ومَهْما بَقِى العَقْدُ على رأْسِ المالِ ، وَجَب جَبْرُ خُسْرانِه مِن رِبْحِه . وإنِ اقْتَسَما[1] الرِّبْحَ . قال أحمدُ : إلَّا أن يَقْبِضَ رأْسَ المالِ صاحِبُه ، ثم يَرُدَّه إليه ، أو[2] يَحْتَسِبَا حِسابًا كالقَبْضِ ؛ وهو أن يَظْهَرَ المالُ ، ويَجِيءَ به ، فيَحْتَسِبانِ عليه ، فإنْ شاءَ صاحِبُه قَبَضه ، ولا يكونُ ذلكَ إلَّا فى النَّاضِّ دُونَ المَتاعِ ؛ لأنَّ المَتاعَ قد يتَغَيَّرُ سِعْرُه ، وأَمَّا قبلَ ذلك ، فالوَضِيعَةُ تُجْبَرُ مِن الرِّبْحِ ، ولذلك لو طلَبَ أحدُهما قِسْمَةَ الرِّبْحِ دُونَ رأْسِ المالِ ، لم يَلْزَمِ الآخرَ إجابَتُه ؛ لأنَّه لا يأْمَنُ الخُسْرانَ فى الثانِى . وإنِ اتَّفَقَا على قَسْمِه أو قَسْمِ بعضِه ، أو على أن يأْخُذَ كلُّ واحدٍ منهما كلَّ يَوْمٍ قَدْرًا معْلُومًا ، جازَ ؛ لأنَّ الحقَّ لهما ، ولو تبَيَّنَ للمُضَارِبِ رِبْحٌ ، لم يَجُزْ له أخْذُ شىءٍ منه إلَّا بإِذْنِ رَبِّ المالِ .

فصل : ويَمْلِكُ العامِلُ الرِّبْحَ بالظُّهورِ . وعنه ، لا يَمْلِكُه ؛ لأنَّه لو مَلَكه اخْتَصَّ برِبْحِه[3] . والأَوَّلُ المَذْهَبُ ؛ لأنَّه يَمْلِكُ المُطالَبَةَ بقَسْمِه ، فمَلَكه[4] ، كالمُشْتَرِكِ ، وإنَّما لم يَخْتَصَّ برِبْحِه ؛ لأنَّه وِقايَةٌ لرأْسِ المالِ .

---

(١) فى ب : « قسما » .

(٢) فى الأصل : « و » .

(٣) فى م : « بما ربحه » .

(٤) فى م : « فملك » .

فصل : ولكلِّ واحدٍ منهما فَسْخُ المُضارَبَةِ ؛ لأنَّها عَقْدٌ جائزٌ ، فإذا فُسِخَ والمالُ عَرْضٌ ، فاتَّفَقا[1] على قَسْمِه أو بَيْعِه ، جاز . وإن طَلَب العامِلُ البيعَ ، وأبَى رَبُّ المالِ وفيه رِبْحٌ ، أُجْبِرَ عليه ؛ لأنَّ حقَّه فى الرِّبْحِ لا يَظْهَرُ إلَّا بالبيعِ . وإن لم يكُنْ فيه رِبْحٌ ، لم يُجْبَرْ ؛ لأنَّه لا حَقَّ له فيه . وإن طَلَب رَبُّ المالِ البيعَ ، وأبَى العامِلُ ، أُجْبِرَ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّه يَسْتَحِقُّ عليه رَدَّ المالِ كما أخَذَه . والآخَرُ ، لا يُجْبَرُ ؛ لأنَّه مُتَصَرِّفٌ لغيرِه بحُكْمِ عَقْدٍ جائزٍ ، فلم [2]يَلْزَمْه التَّصَرُّفُ[2] ، كالوَكِيلِ . وإن كانَ دَيْنًا ، لَزِمَ العامِلَ تَقاضِيه ؛ لأنَّ المُضارَبَةَ تَقْتَضِى رَدَّ المالِ على صِفَتِه .

فصل : ويجوزُ أن يدْفَعَ المالَ إلى اثْنَيْن مُضارَبَةً ، فإن شَرَط لهما جُزْءًا مِن الرِّبْحِ ، ولم يُبَيِّنْ كيفَ هو بينَهما[3] ، فهو بَيْنَهما[3] نِصْفَيْنِ ؛ [١٩٠ظ] لأنَّ إطْلاقَ [4]لَفْظِ « لهما »[4] يَقْتَضِى التَّسْوِيَةَ . وإن شَرَط لأحَدِهما ثُلُثَ الرِّبْحِ ، وللآخَرِ سُدُسَه ، صَحَّ ؛ لأنَّ عَقْدَ الواحِدِ مع الاثْنَيْنِ عَقْدانِ . وإن قارَضَ اثْنَانِ واحِدًا بأَلْفٍ لهما ، جازَ ، وكان بمَنْزِلَةِ عَقْدَيْنِ ، فإذا شَرَطَا له جُزْءًا مِن الرِّبْحِ ، فالباقى[5] لهما[6] على قَدْرِ مِلْكَيْهِما[7] ، فإن كان بينهما

---

(١) فى م : « فاتفق » .

(٢ - ٢) فى الأصل : « يجبر » .

(٣) فى م : « بينهم » .

(٤ - ٤) فى ف : « لفظة لهما » ، وفى م : « لفظهما » .

(٥) فى م : « والباقى » .

(٦) فى الأصل : « بينهما نصفين » .

(٧) فى م : « ملكيتهما » .

نِصْفَيْنِ ، فشَرَطَ أحدُهما للمُضَارِبِ نِصْفَ رِبْحِ نَصِيبِه ، وشَرَط له الآخَرُ الثُّلُثَ ، والباقى بينَهما نِصْفَيْنِ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهما يَسْتَحِقُّ ما بَقِىَ مِن الرِّبْحِ بعدَ شَرْطِه ، فإذا شَرَط التَّسْوِيَةَ ، فقد شَرَط أحدُهما جُزْءًا مِن رِبْحِ مالِ صاحبِه بغيرِ عَمَلٍ .

وإن دَفَع إليه ألْفًا ، وقال : أضِفْ إليها ألْفًا مِن مالِكَ ، والرِّبْحُ بَيْنَنا ؛ لك ثُلُثَاه ولى ثُلُثُه . جاز ، وكان شَرِكَةً وقِرَاضًا[1] ، للعامِلِ النِّصْفُ بمالِه ، والسُّدُسُ بعَمَلِه . وإن قالَ : و[2] الرِّبْحُ بيننا نِصْفَيْنِ . نظَرْنا فى لَفْظِه ، فإن قال : خُذْه مُضارَبَةً . فَسَد ؛ لأنَّه جَعَل رِبْحَ مالِه كلَّه له ، وذلك يُنافِى مُقْتَضَى المُضارَبَةِ . وإن لم يَقُلْ : مُضارَبَةً . صحَّ ، وكانَ إبْضاعًا . وإن قال : ولىَ الثُّلُثانِ . فَسَد ؛ لأنَّه شَرَط[3] لنفْسِه جُزْءًا مِن رِبْحِ مالِ صاحبِه بغيرِ عمَلٍ .

فصل : وإن أخْرَجَ ألْفًا وقال : أَتَّجِرُ أنا وأَنت فيها والرِّبْحُ بينَنا . صَحَّ . نَصَّ عليه . وذكَرَه الخِرَقِىُّ بقَوْلِه : أو بَدَنان[4] بمالِ أحَدِهما . وقال ابنُ حامِدٍ ، والقاضى : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ المُضارَبَةَ تَقْتَضِى تَسْليمَ المالِ إلى العامِلِ ، وهذا الشَّرْطُ يَنْفِى ذلك . والأَوَّلُ أظْهَرُ ؛ لأنَّ العَمَلَ أحدُ ما تَتِمُّ به المُضارَبَةُ ، فجازَ انْفِرادُ أحَدِهما به ، كالمالِ ، ومُقْتَضَى المُضارَبَةِ إطْلاقُ

---

(1) بعده فى الأصل : « كان » .
(2) سقط من : م .
(3) فى س ١ ، س ٢ ، ب ، م : « يشرط » .
(4) فى م : « بدلان » .

التَّصَرُّفِ فى المالِ، والمُشارَكَةُ فى الرِّبْحِ، وهذا لا يَنْفِيه.

فإن شَرَط المُضارِبُ أن يعْمَلَ معه غُلَامُ رَبِّ المالِ، فهو أوْلَى بالجَوازِ؛ لأنَّ عمَلَ الغُلامِ يَصِحُّ أنْ يكونَ تابِعًا لعَمَلِ العاملِ، كالحَمْلِ على بَهِيمَتِه. وقال القاضِى: لا يجوزُ؛ لأنَّ يدَ العَبْدِ كيَدِ سَيِّدِه.

فصل: والعامِلُ أمِينٌ لا ضَمانَ عليه فيما تَلِفَ بغيرِ تَعَدٍّ؛ لأنَّه مُتَصَرِّفٌ فى المالِ بإذْنِ المالِكِ لا يَخْتَصُّ بنَفْعِه، فأَشْبَهَ الوَكِيلَ. والقولُ قولُه فيما يدَّعِيه مِن تَلَفٍ، أو يُدَّعَى عليه مِن خيانةٍ[1]؛ لذلك. وإن قال: هذا اشْتَرَيْتُه لنَفْسِى، أو للمُضَارَبَةِ. أو اخْتَلَفَا فى نَهْىِ ربِّ المالِ له عن شِرَائِه، فالقَوْلُ قولُه؛ لأنَّ الأصْلَ عدَمُ[2] النَّهْىِ، وهو أعْلَمُ بنِيَّتِه فى الشِّراءِ، وإنِ اخْتَلَفَا فى رَدِّ المالِ، فالقَوْلُ قولُ المالِكِ؛ لأنَّه قَبَض المالَ لنَفْعِ نفْسِه، فلم يُقْبَلْ قَوْلُه فى الرَّدِّ، كالمُسْتَعِيرِ. وإنِ اخْتَلَفَا فيما شَرَط له مِن الرِّبْحِ، ففيه رِوايَتان؛ إحْداهما، القَوْلُ قولُ المالِكِ؛ لأنَّ الأصْلَ عدَمُ ما اخْتَلَفَا فيه. والثانيةُ، إنِ ادَّعَى العامِلُ أُجْرَةَ المِثْلِ، أو قَدْرًا يتَغابَنُ الناسُ به، فالقَوْلُ قولُه؛ لأنَّ الظاهِرَ صِدْقُه. وإنِ ادَّعَى أكْثَرَ، فالقَوْلُ قولُ المالِكِ؛ لأنَّ الظاهِرَ صِدْقُه، فأَشْبَهَا الزَّوْجَيْنِ [١٩١و] إذا اخْتَلَفَا فى المَهْرِ.

فصل: وإن أقَرَّ برِبْحٍ، ثم قال: خَسِرْتُه، أو تَلِف. قُبِل قَوْلُه. وإن قال: غَلِطْتُ، أو نَسِيتُ. لم يُقْبَلْ؛ لأنَّه مُقِرٌّ بحَقٍّ لآدَمِىٍّ، فلم يُقْبَلْ

---

(١) فى الأصل، ف، م: «جناية»، وغير منقوطة فى س ٢.

(٢) بعده فى س ٢: «القبض و».

رُجوعُه، كالمُقِرِّ بدَيْنٍ. ولو اقْتَرضَ العامِلُ شيئًا تَمَّمَ به رَأْسَ المالِ، ثم عَرَضه على رَبِّ المالِ فأَخَذه، لم يُقْبَلْ رُجوعُ العامِلِ، ولم يَمْلِكِ المُقْرِضُ مُطالَبَةَ رَبِّ المالِ؛ لأنَّ العامِلَ مَلَكه بالقَرْضِ، وأقَرَّ به لرَبِّ المالِ، ويَرْجِعُ المُقْرِضُ[1] على العامِلِ.

فصل: فإن قال المالِكُ: دَفَعْتُ إليك المالَ قَرْضًا. قال: بَلْ قِرَاضًا. أو بالعَكْسِ. أو قال: غَصَبْتَنِيه. قال: بَلْ أوْدَعْتَنِيه. أو بالعَكْسِ. أو قال: أعَرْتُكَه. قال: بل أجَرْتَنِيه. أو بالعَكْسِ. فالقَوْلُ قولُ المالِكِ؛ لأنَّه مِلْكُه، فالقَوْلُ قَوْلُه فى صِفَةِ خُروجِه عن يَدِه. وإن قال المُضارِبُ: شَرَطْتَ لى النَّفَقَةَ. فأنْكَرَه، فالقَوْلُ قولُ رَبِّ المالِ؛ لأنَّ الأَصْلَ عدَمُه. وإنِ اتَّفَقَا على الشَّرْطِ، فقال المُضارِبُ: إنَّما أنْفَقْتُ مِن مالِى. فالقَوْلُ قولُه؛ لأنَّه أمِينٌ، فقُبِلَ قَوْلُه فى الإِنْفاقِ، كالوَصِىِّ، وله الرُّجُوعُ، سَواءٌ كان المالُ فى يَدِه أو لم يكنْ.

فصل: وإنِ اشْتَرَى رَبُّ المالِ شيئًا مِن مالِ المُضارَبَةِ، لم يصِحَّ، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ؛ لأنَّه مِلْكُه، فلم يَجُزْ له شِراؤُه، كمالِه الذى مع وَكِيلِه. والثانيةُ، يصِحُّ؛ لأنَّه قد تعَلَّقَ به حقُّ[2] غيرِه، فأَشْبَهَ مالَ مُكاتَبِه. ويَصِحُّ أن يشْتَرِىَ المُضارِبُ مِن مالِ المُضارَبَةِ لنَفْسِه؛ لأنَّه مِلْكُ غيرِه، فصَحَّ شِراؤُه له، كشِرَاءِ الوَكِيلِ مِن مُوَكِّلِه. ولا يصِحُّ شِراءُ السَّيِّدِ مِن عَبْدِه

---

(١) فى الأصل: «المقر».

(٢) فى س ٢: «مال».

المأْذُونِ له[1]؛ لأنَّه مالُه. ويَحْتَمِلُ أن يصِحَّ إذا رَكِبَتْه الدُّيونُ.

وإنِ اشْتَرَى أحدُ الشَّرِيكَيْنِ مِن مالِ الشَّرِكَةِ، بَطَل فى [2]نَصِيبِه، وفى[2] الباقِى وَجْهانِ؛ بِناءً على تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ. ويَحْتَمِلُ أنْ يصِحَّ فى الجميعِ؛ بِناءً على شِراءِ ربِّ المالِ مِن مالِ المُضارَبَةِ. وإنِ اسْتَأْجَرَ أحدُ الشَّرِيكَيْنِ مِن شَرِيكِه دارًا ليُحْرِزَ فيها مالَ الشَّرِكَةِ، أو غَرَائِرَ[3]، صَحَّ. نَصَّ عليه. وإنِ اسْتَأْجَرَه، أو غُلامَه، أو دابَّتَه لنَقْلِ المَتاعِ، ففيه رِوايَتانِ؛ إحْداهما، يجوزُ؛ قِياسًا على الدارِ. والثانيةُ، لا يجوزُ؛ لأنَّ الحيَوانَ لا تجبُ له الأُجْرَةُ إلَّا بالعمَلِ، ولا يُمْكِنُ[4] إيفاؤُه[5] فى المُشْتَرَكِ؛ لعدَمِ تَمَيُّزِ نَصِيبِ أحَدِهما مِن الآخَرِ، بخِلافِ الدارِ، فإنَّ الواجِبَ مَوْضِعُ العَيْنِ مِن الدارِ، فيُمْكِنُ تَسْلِيمُ المَعْقُودِ عليه.

فصل: ولا يجوزُ قِسْمَةُ الدَّيْنِ فى الذِّمَمِ؛ لأنَّها لا تتَكافَأُ، والقِسْمَةُ بغيرِ تَعْدِيلٍ بَيْعٌ، ولا يجوزُ بَيْعُ دَيْنٍ بدَيْنٍ. وعنه، يجوزُ؛ لأنَّ الاخْتِلافَ لا يَمْنَعُ القِسْمَةَ؛ قِياسًا على اخْتِلافِ الأعْيانِ، ولا يُمْكِنُ قِسْمَةُ الدَّيْنِ فى ذِمَّةٍ واحدَةٍ؛ لأنَّ مَعْنَاها إفْرازُ الحقِّ، ولا يُتَصَوَّرُ فى ذِمَّةٍ واحدةٍ.

فصل: [١٩١ظ] إذا كان لاثْنَيْنِ دَيْنٌ فى ذِمَّةِ رجلٍ بسببٍ واحدٍ، فقَبَضَ

---

(١) زيادة من: الأصل، ف.

(٢ - ٢) فى الأصل: «نصيب».

(٣) الغرائر؛ جمع الغِرارة: وعاء من الخيش ونحوه يوضع فيه القمح ونحوه، وهو أكبر من الجوالق.

(٤) فى س ٢: «يجب».

(٥) فى س ٢، ف، م: «إبقاؤه».

أحدُهما منه شيئًا ، فهو بينَهما ؛ إذْ لا يجوزُ أن يكونَ المَقْبُوضُ نَصِيبَ مَن قبَضَه ؛ لِما فيه مِن قِسْمَةِ الدَّيْنِ فى ذِمَّةٍ واحِدَةٍ[1] ، ولشريكِ[2] القَابِضِ مُطالَبَتُه بنَصِيبِه منه ؛ لذلك . وله مُطالَبَةُ الغَرِيمِ ؛ لأنَّه لم يَبْرَأْ مِن حقِّه بتَسْلِيمِه إلى غيرِه بغيرِ إذْنِه . ومِن أيِّهما أخَذَ ، لم [3]يَرْجِعْ على الآخَرِ ؛ لأنَّ حقَّه ثَبَت فى أحَدِ المَحَلَّيْنِ . فإذا اخْتارَ أحَدَهما ، سَقَط حقُّه مِن الآخَرِ . وإنْ هَلَكَ المَقْبُوضُ فى يَدِ القابضِ ، تعَيَّنَ حقُّه فيه ، ولم يَضْمَنْه للغَرِيمِ ؛ لأنَّه قَدْرُ حقِّه ، فما[3] تعَدَّى[4] بالقَبْضِ ، وإنَّما كانَ لشَرِيكِه مُشارَكَتُه لثُبوتِه مُشْتَرَكًا . وإنْ أبْرَأَ أحَدُهما الغَرِيمَ ، بَرِئَ مِن نَصِيبِه ، ولم يَرْجِعْ عليه الآخَرُ بشيءٍ ؛ لأنَّه كتَلَفِه . وإن أبرأَ مِن نِصْفِ حقِّه ، ثم قبَضَا شيئًا ، اقْتَسَماه أثْلاثًا . وإنْ أخَّرَ أحدُهما حقَّه ، جازَ ؛ لأنَّه يَمْلِكُ إسْقَاطَه ، فتأْخِيرُه أوْلَى . وإنِ اشْتَرَى بنَصِيبِه[5] شيئًا ، فهو كما لو اشْتَرَى بعَيْنِ مالٍ مُشْتَرَكٍ بينَهما . وإن كان الحقُّ ثابتًا بسَبَبَيْنِ ؛ كعَقْدَيْنِ ، أو إتْلافَيْنِ ، فلا شَرِكَةَ بينَهما ، ولكلِّ واحدٍ اسْتِيفَاءُ حقِّه مُفْرَدًا ، فلا يُشارِكُه الآخَرُ فيه .

فصل : إذا مَلَكا عَبْدًا ، فباعَه أحدُهما بأمْرِ الآخَرِ ، فادَّعَى المُشْتَرِى أنَّه قبَضَ ثَمنَه ، فأنْكَرَ البائعُ ، وصدَّقَه الآخَرُ ، بَرِئَ مِن نِصْفِ ثَمَنِه ؛ لاعْتِرافِ صاحِبِه بقَبْضِ وَكِيلِه له ، والقَوْلُ قولُ البائعِ مع يَمِينِه فى أنَّه لم يَقْبِضْ ؛ لأنَّ

---

(١) فى الأصل ، س ١ ، ب : « واحد » .

(٢) فى م : « وللشريك » .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) فى الأصل : « يتعدى » .

(٥) فى الأصل : « من نصيبه » .

الأَصْلَ عدَمُه. ولا تُقْبَلُ شَهادَةُ شرِيكِه عليه؛ لأنَّ له فيها نَفْعًا، فإذا حَلَفَ، قَبَض نَصِيبَه مِن المُشْتَرِى، ولم يُشارِكْه شَرِيكُه فيه؛ لأنَّه يَدَّعِى أنَّه يأْخُذُه ظُلْمًا. وإن كان البائعُ ادَّعَى أنَّ شَرِيكَه قَبَض الثَّمَنَ كُلَّه، فأنْكَرَ، لم تَبْرَأْ ذِمَّةُ المُشْتَرِى؛ لأنَّه لم يُوَكِّلْه فى القَبْضِ، وليس للبائعِ مُطالبَةُ المُشْتَرِى بأكْثَرَ مِن نَصِيبِه؛ لاعْتِرافِه بأنَّ ذِمَّتَه بَرِئَتْ مِن نَصِيبِ صاحِبِه، فإذا قَبَض نَصِيبَه، فلصاحِبِه مشارَكَتُه[1] فيه؛ لأنَّ دَيْنَهما واحِدٌ، فإذا رَجَع عليه، لم يكنْ للمَقْبُوضِ منه مُطالَبَةُ المُشْتَرِى بشىءٍ آخَرَ؛ لاعْتِرافِه بقَبْضِه لجميعِ حقِّه، وأنَّ ما يأْخُذُه صاحِبُه منه ظُلْمٌ. ويَحْتَمِلُ أنَّه ليس لصاحِبِه مُشارَكَتُه[1]؛ لأنَّه مِلْكٌ لاثْنَيْنِ، وعَقْدُ الواحدِ مع اثْنَيْنِ[2] كعَقْدَينِ.

(١) فى س ٢: «مشاركة».

(٢) فى م: «الاثنين».



بَابُ العَبْدِ المأْذُونِ

لا يجوزُ للعَبْدِ التِّجارَةُ بغيرِ إذْنِ مَوْلَاه ؛ لأنَّ مَنافِعَه مَمْلُوكَةٌ له ، فلا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فيها بغيرِ إذْنِه . فإن رآه يَتَّجِرُ فسَكَت ، لم يَصِرْ مأْذُونًا له ؛ لأَنَّه بَيْعٌ يَفْتَقِرُ إلى الإذْنِ ، فلم يكنِ السُّكوتُ إذْنًا فيه ، كبَيْعِ مالِ الأَجْنَبِيِّ . وإنِ اشْتَرى فى ذِمَّتِه ، لم يصِحَّ ؛ لأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ ، فأَشْبَهَ النِّكاحَ . [١٩٢و] فإن قبَضَ المَبِيعَ فتَلِفَ فى يَدِه ، تعَلَّقَ برَقَبتِه ، كجِنايَتِه ؛ لأنَّه تَلِف فى يَدِه على وَجْهٍ يلْزَمُه ضَمانُه ، فأَشْبَهَ ما لو أتْلَفَه .

فصل : وإن أذِنَ له المَوْلَى ، جاز ؛ لأَنَّ الحَجْرَ لحقِّه ، فمَلَكَ إزالَتَه ، ولا يَمْلِكُ التِّجارَةَ إلَّا فيما أَذِنَ له(١) فيه ؛ لأَنَّ تصَرُّفَه بالإذْنِ ، فلم يَمْلِكْ إلَّا ما دخَلَ فيه ، كالوَكِيلِ . فإنْ عَيَّنَ له نَوْعًا أو قَدْرًا ، لم يَمْلِكِ التِّجارَةَ فى غيرِه . وإن أَذِن له فى التِّجارَةِ مُطْلَقًا ، جاز ، ولم يكنْ له أن يُؤْجِرَ نفسَه ولا يتَوَكَّلَ ؛ لأَنَّه عَقْدٌ على نَفْسِه ، فلم يَمْلِكْه ، كبَيْعِ نَفْسِه وتَزَوُّجِه . ولا يَتَصَرَّفُ إلَّا على النَّظَرِ والاحْتِيَاطِ ، كالمُضارِبِ ؛ لأَنَّ إطْلاقَ الإذْنِ يُحمَلُ على العُرْفِ ، وهو ما قُلْناه . ولا يَبْطُلُ الإذْنُ (٢ بالإباقِ ؛ لأَنَّه لا يَمْنَعُ ابْتِدَاءَ الإذْنِ٢) ، فلا يقْطَعُ اسْتِدامَتَه ، كما لو غصَبَه غاصِبٌ .

---

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) سقط من : م .

فصل: ولا يجوزُ تَبَرُّعُ المأْذُونِ له بالدَّرَاهِمِ والكِسْوَةِ؛ لأنَّه ليس بتِجارَةٍ ولا مِن تَوابِعِها، فلم يَدْخُلْ فى الإذْنِ فيها. وتجوزُ هَدِيَّتُه المأْكُولَ، واتِّخاذُ الدَّعْوَةِ، وإعارَةُ دابَّتِه، ما لم يُسْرِفْ؛ لِما رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ أنَّه كانَ يُجِيبُ دَعْوَةَ المَمْلُوكِ[1]. ولأنَّ العادَةَ جارِيَةٌ به بينَ التُّجارِ، فجاز، كصدَقَةِ المرْأةِ بالكِسْرَةِ مِن بيتِ زَوْجِها.

فصل: وما كَسَبَ العبدُ مِن المُباحِ، أو وُهِبَ له فقَبِلَه، مَلَكَه مَوْلاه؛ لأنَّه كَسْبُ مالِه، فمَلَكَه، كصَيْدِ فَهْدِه. وإنْ مَلَّكَه سَيِّدُه مالًا، مَلَكَه؛ لقَوْلِ النبىِّ ﷺ: «مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ، فَمَالُه لِلْبَائعِ»[2]. ولأنَّه يَمْلِكُ البُضْعَ، فمَلَكَ المالَ، كالحُرِّ. وعنه، لا يَمْلِكُ؛ لأنَّه مالٌ، فلم يَمْلِكِ المالَ، كالبَهِيمَةِ. فإن مَلَّكَه سَيِّدُه جارِيَةً، لم يَمْلِكْ وَطْأَهَا قبلَ الإذْنِ فيه؛ لأنَّ مِلْكَه غيرُ تامٍّ، فإن أَذِن له فيه، مَلَكَه. قالَ أبو بَكْرٍ: على كِلْتَا الرِّوايتَيْنِ؛ لأنَّه يَمْلِكُ الاسْتِمْتَاعَ بالنِّكاحِ، فمَلَكَه بالتَّسَرِّى[3]، كالحُرِّ. وقال القاضِى[4]: بل هذا بِناءٌ على الرِّوايَةِ التى يَمْلِكُ المالَ، ولا يَمْلِكُ ذلك على الأُخْرَى؛ لقَوْلِ اللَّهِ تعالَى: ﴿إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُمْ﴾[5].

---

(١) أخرجه الترمذى، فى: باب آخر، من أبواب الجنائز. عارضة الأحوذى ٤/ ٢٣٥. وابن ماجه، فى: باب ما للعبد أن يعطى ويتصدق، من كتاب التجارات، وفى: باب البراءة من الكبر والتواضع، من كتاب الزهد. سنن ابن ماجه ٢/ ٧٧٠، ١٣٩٨.

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ١٠١. من حديث «من باع نخلا ...».

(٣) فى م: «بالشراء».

(٤) فى س ٢: «أبو بكر».

(٥) سورة المؤمنون ٦.

وإنْ لَزِمَتْه كَفَّارَةٌ ، فكَفَّارَتُه الصِّيامُ لا غيرُ ، إن لم يَأْذَنْ له سَيِّدُه فى التَّكْفِيرِ بالمالِ ، وإن أَذِن له فيه ، انْبَنَى على الرِّوايَتَيْنِ فى مِلْكِه ؛ فإن قُلْنا : لا يَمْلِكُ . لم يُكَفِّرْ بغيرِ الصِّيامِ . وإنْ قُلْنا : يَمْلِكُ . فله التَّكْفِيرُ بالإِطْعَامِ والكِسْوَةِ . وفى العِتْقِ وَجْهان ؛ أحدُهما ، يَمْلِكُه ، قِياسًا على الإِطْعَامِ والكِسْوَةِ . والثانى ، لا يَمْلِكُه ؛ لأَنَّه يتَضَمَّنُ الوَلَاءَ ، والعَبْدُ ليس مِن أَهْلِه . فعلى الأَوَّلِ ، إن أذِنَ له فى التَّكْفِيرِ بإعْتاقِ نفْسِه ، فهل يُجْزِئُه ؟ على وَجْهَيْنِ .



[١٩٢ظ] بَابُ المسَاقَاةِ

تجوزُ المُسَاقَاةُ على النَّخْلِ وسائِرِ الشَّجَرِ، بجُزْءٍ معْلُومٍ يُجْعَلُ للعامِلِ مِن الثَّمَرِ؛ لِمَا روَى ابنُ عُمَرَ أنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ عامَلَ أهْلَ خَيْبَرَ على شَطْرِ ما يخْرُجُ منها مِن ثَمَرٍ أو زَرْعٍ. مُتَّفَقٌ عليه[1]. ولأنَّه مالٌ يُنَمَّى بالعَمَلِ عليه، فجازَتِ المُعامَلَةُ عليه ببَعْضِ نَمائِه، كالأَثْمانِ.

ولا تجوزُ على ما لَا يُثْمِرُ، كالصَّفْصَافِ؛ لأنَّ مَوْضُوعَها على أنَّ للعامِلِ جُزْءًا[2] مِن الثَّمَرَةِ.

وفى المُسَاقَاةِ بعدَ ظُهورِ الثَّمَرَةِ رِوايَتانِ، حَكاهما أبو الخَطَّابِ؛ إحْداهما، الجَوازُ إذا بَقِيَ مِن العَمَلِ ما تَزِيدُ به الثَّمَرَةُ؛ لأنَّها جازَتْ فى المَعْدُومَةِ مع كَثْرَةِ الغَرَرِ، فمع قِلَّتِه أوْلَى. والثانيةُ، المَنْعُ؛ لإفْضَائِها إلى أن يَسْتَحِقَّ جُزْءًا مِن النَّماءِ المَوْجُودِ قبلَ العَمَلِ، [3]فلم يصِحَّ[3]، كالمُضارَبَةِ بعدَ الرِّبْحِ. وإن سَاقَاه على شَجَرٍ يَغْرِسُه، ويَعْمَلُ عليه حتى يَحْمِلَ فيَكُونَ له جُزْءٌ مِن الثَّمَرَةِ، جازَ. نصَّ عليه؛ لأنَّ الثَّمَرَةَ تحْصُلُ بالعَمَلِ عليها كما تحْصُلُ على النَّخْلِ المَغْرُوسِ.

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٤١، ٣٤٢.

(٢) فى الأصل: «أجزاء».

(٣ - ٣) فى ب: «فلا تصح».

ولا تصِحُّ إلَّا على شجَرٍ مُعَيَّنٍ معْلُومٍ برُؤْيَةٍ أو صِفَةٍ ؛ لأنَّها مُعَاوَضَةٌ يَخْتَلِفُ الغَرَضُ[(1)] فيها باخْتِلافِ الأعْيانِ ، فأشْبَهَتِ المُضارَبَةَ . ولو قالَ : ساقَيْتُكَ على أحَدِ هذَيْنِ الحائِطَيْنِ . لم يصِحَّ .

فصل : ظاهِرُ كلامِ أحمدَ أنَّها عَقْدٌ جائزٌ ؛ لِما رُوِىَ [(2)] عن ابنِ عُمَرَ [(2)] أنَّ اليَهُودَ سألوا رسولَ اللَّهِ ﷺ أن يُقِرَّهم بخَيْبَرَ [(3)] على أنْ [(3)] يَعْمَلُوها ، ويكونَ لرسولِ اللَّهِ ﷺ شَطْرُ ما يَخرجُ منها مِن ثَمَرٍ أو زَرْعٍ ، فقالَ رسولُ اللَّهِ ﷺ : « نُقِرُّكُمْ عَلَى ذلكَ مَا شِئْنَا » . رَواه مسلمٌ[(4)] . فلو كانَت لازِمَةً ، لقَدَّرَ مُدَّتَها ، ولم يجعَلْ إخْراجَهم إليه إذا شاءَ ، ولأنَّه عَقْدٌ على مالٍ بجُزْءٍ مِن نَمائِه ، فكانَ جائزًا ، كالمُضَارَبَةِ ، ولذلك لا تَفْتَقِرُ إلى ضَرْبِ مُدَّةٍ . وإنْ وَقَّتَاها ، جازَ ، كالمُضارَبَةِ . وتَنْفَسِخُ بموتِ كلِّ واحدٍ منهما وجُنونِه[(5)] وفَسْخِه لها . فإنِ انْفَسَخَتْ بعدَ ظُهورِ الثَّمرَةِ ، فهى بَيْنَهما ؛ لأنَّها حدَثَتْ على مِلْكِهما ، وعلى العامِلِ تَمامُ العَمَلِ ، كعامِلِ المُضارَبَةِ إذا انْفسَخْت قبلَ

---

(1) فى ف : « العوض » .

(2 - 2) زيادة من : م .

(3 - 3) فى الأصل : « حتى » .

(4) فى : باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم 3/ 1187 ، 1188 .

كما أخرجه البخارى ، فى : باب إذا قال رب الأرض : أقرك ما أقرك اللّه ...، من كتاب الحرث ، وفى : باب ما كان النبى ﷺ يعطى المؤلفة قلوبهم ...، من كتاب الخمس . صحيح البخارى 3/ 140 ، 4/ 116 . وأبو داود ، فى : باب ما جاء فى حكم أرض خيبر ، من كتاب الإمارة . سنن أبى داود 2/ 141 . والإمام أحمد ، فى : المسند 2/ 149 .

(5) فى الأصل : « حياته » .

أنْ يَنِضَّ المالُ . وإنِ انْفسَخَتْ قبلَ ظُهورِها بفَسْخِ العامِلِ[1] ، فلا شَئَ له ؛ لأنَّه رَضِىَ بإسْقَاطِ حقِّهِ . وإنِ انْفَسَخَتْ بغيرِ ذلك ، فللعامِلِ أُجْرَةُ مِثْلِه ؛ لأنَّه مُنِعَ إتْمامَ عَمَلِه الذى يَسْتَحِقُّ به العِوَضَ ، فصارَ كعامِلِ الجَعَالَةِ .

وقال بعضُ أصْحابِنَا : هو لازِمٌ ؛ [١٩٣و] لأنَّه عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ ، فكانَ لازِمًا ، كالإجارَةِ . فعلى هذا ، تَفْتَقِرُ إلى تقْديرِ مُدَّتِها ، كالإجارَةِ . ويجِبُ أن تكونَ المُدَّةُ تَكْمُلُ الثَّمَرةُ فى مِثْلِها ؛ لأنَّ المَقْصُودَ اشْتِراكُهما فى الثَّمَرةِ ، فلا يَحْصُلُ بدُونِ ذلك . فإن شَرَطَا مُدَّةً لا تَكْمُلُ[2] فيها ، فعَمِلَ العامِلُ ، فَفِيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، لا شىءَ له ؛ لأنَّه رَضِىَ بالعَمَلِ بغيرِ عِوَضٍ ، فأَشْبَهَ المُتَطَوِّعَ . والثانى ، له أَجْرُ مِثْلِه ؛ لأنَّه يَقْتَضِى العِوَضَ ، فلم يَسْقُطْ بالرِّضَا بتَرْكِه ، كالوَطْءِ فى النِّكاحِ . وإن جعَلَا مُدَّةً تَحْمِلُ فى مِثْلِها ، فلم تَحْمِلْ ، فلا شَئَ له ؛ لأنَّه عَقْدٌ صحيحٌ ، فيه مُسَمًّى صحيحٌ ، فلم يَسْتَحِقَّ غيرَه ، كعامِلِ المُضارَبَةِ إذا لم يَرْبَحْ . وإنْ جعَلَا مُدَّةً قد تكْمُلُ فيها وقد لا تَكْمُلُ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يصِحُّ ؛ لأنَّها مُدَّةٌ يُرْجَى وُجودُ الثَّمرَةِ فيها ، فصَحَّ العَقْدُ عليها ، كالتى قبلَها . والثانى ، لا يصِحُّ ؛ لأنَّه عَقْدٌ على مَعْدُومٍ ليس[3] الغالِبُ وُجُودَه ، فلم يصِحَّ ، كالسَّلَمِ فى مِثْلِه . فعلى هذا ، إنْ عمِلَ ، اسْتَحَقَّ الأَجْرَ ؛ لأنَّه لم يَرْضَ بالعَمَلِ بغيرِ عِوَضٍ ، ولم يُسَلَّمْ له ، فرَجَع إلى بَدَلِه ، كالإجارَةِ الفاسِدَةِ .

---

(١) بعده فى م : « قبل ظهور الثمرة » .

(٢) بعده فى م : « الثمرة » .

(٣) فى ب ، م : « وليس » .

فصل: ويَجوزُ[1] عَقْدُ المُساقاةِ والإجارَةِ على مُدَّةٍ يَغْلِبُ على الظَّنِّ بقاءُ العَيْنِ فيها وإنْ طالَتْ؛ لأنَّه عَقْدٌ يجوزُ عامًا، فجاز أكْثَرَ منه، كالكِتابَةِ. فإذا عقَدَها على أكْثَرَ مِن عامٍ، لم يجِبْ ذِكْرُ قِسْطِ كلِّ سنَةٍ، كما لو اشْتَرَى أعْيانًا بثَمَنٍ واحدٍ. وإن قَدَّرَ قِسْطَ كلِّ سنَةٍ، جازَ. وإنِ اخْتلَفَتْ، نحوَ أن يقولَ: ساقَيْتُكَ ثلاثَةَ أعْوامٍ على أنَّ لكَ نِصْفَ ثَمَرَةِ العامِ الأوَّلِ، وثُلُثَ الثانِيَةِ، ورُبُعَ الثالثةِ. فإنِ انْقَضَتِ المُدَّةُ قبلَ إطْلاعِ[2] ثَمَرَةِ العامِ الآخِرِ، فلا شَيْءَ للعامِلِ منها؛ لأنَّها حدَثَتْ بعدَ مُدَّتِه[3]، وإنْ ظهَرَتْ في مُدَّتِه[4]، تعَلَّقَ حقُّه بها؛ لحُدُوثِها في مُدَّتِه.

فصل: وحُكْمُ المُسَاقَاةِ والمُزارَعَةِ حُكْمُ المُضارَبَةِ في الجُزْءِ المَشْرُوطِ للعامِلِ، في كَوْنِه معْلُومًا مُشَاعًا مِن[5] جميعِ الثَّمرَةِ، وفي الاخْتِلافِ في قَدْرِه، وفَسادِ العَقْدِ بجَهْلِه، وشَرْطِ دَراهِمَ لأحَدِهما، أو ثَمَرِ شجَرٍ مُعَيَّنٍ، أو عَمَلِ رَبِّ المالِ، أو غِلْمانِه، وفي مِلْكِه للنَّماءِ بالظُّهورِ؛ لأنَّه عَقْدٌ على العَمَلِ في مالٍ ببَعْضِ نَمائِه، فأَشْبَهَ المُضارَبَةَ. ولو شرَطَ له ثَمَرَةَ عامٍ غيرِ الذي عامَلَه فيه، لم يصِحَّ، كما لو شرَطَ للمُضارِبِ رِبْحَ غيرِ مَالِ المُضارَبَةِ. وإنْ قالَ: إنْ سَقَيْتَه سَيْحًا، فلَكَ الثُّلُثُ، وإنْ سقَيْتَه بنَضْحٍ، فلَكَ النِّصْفُ. أو: إن زرَعْتَ في الأرْضِ حِنْطَةً، فلكَ النِّصْفُ، وإن

---

(١) في م: «يصح».

(٢) في م: «طلوع».

(٣) في م: «موته».

(٤) في م: «مدة».

(٥) في الأصل: «على».

زرَعْتَ شَعِيرًا ، فلكَ الثُّلُثُ . لم يصِحَّ ؛ [١٩٣ظ] لأنَّه عَقْدٌ على مَجْهُولٍ ، فلم يصِحَّ ، كبَيْعَتَيْنِ في بَيْعَةٍ . ويتَخَرَّجُ أنْ يصِحَّ ؛ بِناءً على قَوْلِه في الإجارَةِ : إن خِطْتَه رُومِيًّا ، فلكَ دِرْهَمٌ ، وإنْ خِطْتَه فارِسيًّا ، فلكَ نِصْفُ دِرْهَمٍ .

فصل : وإن ساقَاه على بُسْتانَيْنِ بالنِّصْفِ مِن هذا ، والثُّلُثِ مِن الآخَرِ ، أو[1] على أنْواعٍ جَعَل له مِن كُلِّ نَوْعٍ قَدْرًا ، أو جعَلَ له في المُزارَعَةِ نِصْفَ الحِنْطَةِ وثُلُثَ الشَّعِيرِ ، وهما يَعْلَمانِ قَدْرَ كُلِّ نَوْعٍ ، أو كانَ البُسْتَانُ لاثْنَيْنِ ، فسَاقَيَاه على نِصْفِ ثَمَرَةِ نَصِيبِ أحَدِهما ، وثُلُثِ ثمرَةِ الآخَرِ ، وهم يعْلَمُونَه ، صحَّ ؛ لأنَّه معْلُومٌ ، فصَحَّ ، كما لو كانَا في عَقْدَيْنِ ، وإن لم يعْلَمُوا ، لم يصِحَّ ؛ لأنَّه مَجْهُولٌ . ولو قالَ : ما زَرَعْتَ فيها مِن حِنْطَةٍ ، فلكَ نِصْفُه ، وما زرَعْتَ مِن شَعِيرٍ ، فلكَ ثُلُثُه . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه مَجْهُولٌ .

فصل : وتَنْعَقِدُ بلَفْظِ المُساقَاةِ ؛ لأنَّه مَوْضُوعُها ، وبما يُؤَدِّى مَعْناه ؛ لأنَّ المَقْصُودَ المَعْنَى ، ولا يَثْبُتُ فيها خِيَارُ الشَّرْطِ وإن قُلْنا بلُزومِها ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ رَدُّ المَعْقُودِ عليه إذا فَسَخ . وفي خِيَارِ المَجْلِسِ وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا يَثْبُتُ ؛ لأنَّه لا يثْبُتُ فيها خِيَارُ الشَّرْطِ ، فأشْبَهَ النِّكاحَ . والثاني ، يَثْبُتُ ؛ لأنَّه عَقْدٌ لازِمٌ يُقْصَدُ به المالُ ، فأَشْبَهَ البَيْعَ .

فصل : ويَلْزَمُ العامِلَ ما فيه صَلاحُ الثَّمرَةِ وزِيادَتُها ؛ كالحَرْثِ وآلَتِه وبَقَرِه ، واسْتِقَاءِ الماءِ ، وإصْلاحِ طُرُقِه ، وقَطْعِ الشَّوْكِ ، والحَشِيشِ المُضِرِّ ،

---

(١) في م : « صح و » .

واليابِسِ مِن الشَّجَرِ، وزِبَارِ[1] الكَرْمِ، وتَسْوِيَةِ الثَّمَرِ، والحِفْظِ، والتَّشْمِيسِ، وإِصْلاحِ مَوْضِعِه، ونحوِ ذلك.

وعلى رَبِّ المالِ ما فيه حِفْظُ الأصْلِ؛ كسَدِّ الحِيطَانِ، وإِنْشاءِ الأَنْهارِ، وحَفْرِ بِئْرِ الماءِ، وعمَلِ الدُّولَابِ ونَصْبِه. قالَ أصْحابُنا: والثَّوْرُ الذى يُدِيرُه؛ لأنَّ هذا يُرادُ لحِفْظِ الأصْلِ، ولهذا مَن أراد إنْشاءَ بُسْتَانٍ، عمِلَ هذا كلَّه. وقيلَ: ما يتكَرَّرُ فى كُلِّ عامٍ، فعَلَى العامِلِ، وما لا يتكَرَّرُ، فعَلَى رَبِّ المالِ. والجِذاذُ والحَصادُ واللِّقَاطُ على العامِلِ. نَصَّ عليه؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ دفَعَ خَيْبَرَ إلى يَهُودَ على أنْ يَعْمَلُوها مِن أمْوَالِهم[2]. وهذا مِنَ العمَلِ ممَّا لا تَسْتَغْنِى عنه الثَّمرَةُ، أشْبَهَ التَّشْمِيسَ. وعنه، أنَّ الجِذَاذَ عليهما؛ لأنَّه يُوجَدُ بعدَ تَكامُلِ النَّماءِ، وهذا يَنْتَقِضُ بالتَّشْمِيسِ.

فإن شَرَط على أحَدِهما ما يَلْزَمُ الآخَرَ، فقد نَصَّ أحمدُ على أنَّ الجِذَاذَ عليهما، ويصِحُّ شَرْطُه على العامِلِ. فيُخَرَّجُ فى سائرِ العَملِ مِثْلُ ذلك؛ قِياسًا عليه. وقالَ القاضِى: تَفْسُدُ المُساقَاةُ؛ لأنَّه يُنافِى مُقْتَضاها، أشْبَهَ ما لو شَرَط [١٩٤و] عمَلَ المُضارَبَةِ على رَبِّ المالِ.

فصل: والعامِلُ أمِينٌ، والقَوْلُ قَوْلُه فيما يَدَّعِيه مِن تَلَفٍ، أو يُدَّعَى عليه مِن خِيَانَةٍ[3] أو تَفْرِيطٍ، وإنْ ثَبَتَتْ خِيانَتُه[4]، ضُمَّ إليه مَنْ يُشْرِفُ

---

(١) الزِّبار: تخفيف الكرم من الأغصان الرديئة وبعض الجيدة بقطعها بمنجل ونحوه.

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٤١، ٣٤٢.

(٣) فى ف، ب: «جناية»، وغير منقوطة فى س ١.

(٤) فى س ١، ف: «جنايته»، وغير منقوطة فى س ٢.

عليه ، ولا تُزَالُ يدُه عن العَملِ ؛ لأَنَّه يُمْكِنُ اسْتِيفَاؤُه منه ، فإنْ لم يَنْحَفِظْ ، اسْتُؤْجِرَ مِن مالِه مَن يعْمَلُ عنه ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ اسْتِيفاؤُه منه ، فاسْتُوفِيَ بغيرِه . وإن هَرَب ، فهو كفَسْخِه إن قُلْنا بجَوازِ العَقْدِ ، وإن قُلْنَا بلزُومِه ، رُفِع الأمْرُ إلى الحاكِمِ ، ليَسْتَأْجِرَ (١) مِن مَالِه (١) مَن يَعْمَلُ عنه . فإن لم يكنْ له مالٌ ، اقْتُرِضَ عليه ، فإن لم يجِدْ ، فللمالِكِ الفَسْخُ ؛ لأنَّه تعَذَّرَ اسْتِيفَاءُ المَعْقُودِ عليه ، فأَشْبَهَ ما لو اسْتَأْجَر دارًا فتعَذَّرَ تَسْلِيمُها . ثم إن فَسَخ قبلَ ظُهورِ الثَّمرَةِ ، فلا شيءَ للعامِلِ ؛ لأنَّ الفَسْخَ لأَمْرٍ مِن جِهَتِه ، وإن كانت ظاهِرَةً ، فهى بيْنَهما . وإن لم يَفْسَخْ رَبُّ المالِ ، اسْتَأْذَنَ الحاكِمَ فى الإنْفاقِ ، ثم رَجَع بما أنْفَقَ ، فإن لم يجِدْ حاكِمًا ، أشْهَد على الإنْفَاقِ بشَرْطِ الرُّجُوعِ ، ورَجَع به ؛ لأنَّه حالُ ضَرُورَةٍ . وإنْ أنْفَقَ مِن غيرِ اسْتِئْذانِ الحاكمِ مع إمْكانِه ، ففى الرُّجوعِ وَجْهانِ ؛ بِناءً على قَضاءِ دَيْنِه بغيرِ إذْنِه . وإن عَجَز العامِلُ عن العَملِ ، لضَعْفِه ، أو عن بَعْضِه ، أقامَ مُقامَه مَن يَعْمَلُه ، فإن لم يفْعَلْ ، فهو كهَرَبِه ، وإنِ اسْتَأْذَنه (٢) رَبُّ المالِ فأَنْفَقَ بإذْنِه ، رجَعَ عليه (٣) .

فصل : فإن ماتَ العامِلُ أو رَبُّ المالِ ، وقُلْنا : يلْزَمُ العَقْدُ . قامَ الوارِثُ مَقامَه ؛ لأنَّه عَقْدٌ لازِمٌ ، أشْبَهَ الإجارَةَ . فإن كانَ المَيِّتُ العامِلَ ، فأَبَى الوارِثُ الإتْمامَ ، أو لم يكنْ وارِثٌ ، اسْتُؤْجِرَ مِن التَّرِكَةِ مَن يَعْمَلُ ، فإن لم يجِدْ تَرِكَةً ، فلرَبِّ المالِ الفَسْخُ ، ولا يَقْتَرِضُ عليه ؛ لأنَّه لا ذِمَّةَ له . وإذا

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) فى م : « استأذن » .

(٣) سقط من : م .

فَسَخ ، فالحُكْمُ على ما ذكَرْنا .

فصل : فإن بانَ الشَّجَرُ مُسْتَحَقًّا ، رَجَع العامِلُ على مَن ساقاه بالأُجْرَةِ ؛ لأنَّه لم يُسَلِّمْ له العِوَضَ ، فرجَعَ على مَن اسْتَعْمَلَه[1] . وإن كانتِ الثَّمرَةُ باقِيَةً ، أخذَها رَبُّها[2] ، وإنْ كانَتْ تالِفَةً ، ضَمَّنَها لِمَن شاء منهما . فإن ضَمَّنَها للغاصِبِ ، ضَمَّنَه جَمِيعَها ؛ لأنَّه حالَ بَيْنَه وبَيْنَه ، وإنْ ضَمَّنَها العامِلَ ، ضَمَّنَه النِّصْفَ ؛ لأنَّه لم يحْصُلْ فى يَدِه غيرُه . ويَحْتَمِلُ أنْ يُضَمِّنَه الجميعَ ؛ لأنَّ يَدَه ثبَتَتْ عليه ، وعَمِلَ فيه ، فضَمِنَه ، كعامِلِ[3] القِرَاضِ .

---

(١) فى م : « استأجره » .

(٢) فى م : « بها » .

(٣) فى م : « كالعامل فى » .

بابُ المزارعَةِ

وهى دَفْعُ الأَرْضِ إلى مَن يَزْرَعُها بجُزْءٍ مِن الزَّرْعِ.

وتجوزُ فى الأَرْضِ البَيْضاءِ والتى بينَ الشَّجَرِ؛ لخَبَرِ ابنِ عُمَرَ، رَضِىَ اللَّهُ عنهما[1]. وما ذَكَرْنا فى المُسَاقَاةِ.

وأَيُّهما أخْرَج البَذْرَ، جازَ؛ لأَنَّ النبىَّ ﷺ دفَعَ خَيْبَرَ مُعامَلَةً، ولم يَذْكُرِ البَذْرَ، وفى تَرْكِ ذِكْرِه دليلٌ على جَوازِه مِن أَيِّهما كان، وفى بَعْضِ لَفْظِ [١٩٤ظ] الحديثِ ما يَدُلُّ على أَنَّه جَعَل البَذْرَ عليهم؛ لقَوْلِ ابنِ عُمَرَ: دَفَع رسولُ اللَّهِ ﷺ نَخْلَ خَيْبَرَ وأَرْضَها إليهم على أنْ يَعْمَلُوها مِن أمْوالِهم. رَواه مسلمٌ. وفى لَفْظٍ: على أنْ يَعْمَلُوها ويَزْرَعُوها ولهم شَطْرُ ما يَخْرُجُ منها. وعن عُمَرَ، رَضِىَ اللَّهُ عنه، أنَّه كانَ يدْفَعُ الأَرْضَ على أنَّ مَنْ أخْرَجَ البَذْرَ، فله كذا، ومَنْ لم يُخْرِجْه، فله كذا[2]. وظاهِرُ مَذْهَبِ[3] أحمدَ أنَّه يُشْتَرطُ كَوْنُ البَذْرِ مِن ربِّ الأَرْضِ؛ لأنَّه عَقْدٌ يَشْتَرِكُ ربُّ المالِ

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٤١، ٣٤٢.

(٢) أخرجه البخارى معلقًا، فى: باب المزارعة بالشطر ونحوه، من كتاب الحرث والمزارعة. صحيح البخارى ٣/ ١٣٧. ووصله البيهقى، فى: السنن الكبرى ٦/ ١٣٥. وعزاه ابن حجر لابن أبى شيبة، وقال: وهذان خبران مرسلان يتقوى أحدهما بالآخر. انظر: تغليق التعليق ٣/٣٠٣ - ٣٠٥.

(٣) فى م: «كلام».

والعامِلُ فى نَمائِه ، فوجَب أن يكونَ رأْسُ المالِ مِن ربِّ المالِ ، كالمُساقَاةِ والمُضارَبَةِ . فإن شَرَطه على العامِلِ ، أو شَرَط أن يأْخُذَ ربُّ الأَرْضِ مِثْلَ بَذْرِه ويَقْتَسِمَا ما بقِيَ ، فسَدَتِ المُزَارَعَةُ ، ومتى فسَدَتْ ، فالزَّرْعُ لصاحِبِ البَذْرِ ؛ لأنَّه مِن عَيْنِ مالِه ، ولصاحِبِه عليه أَجْرُ مِثْلِه .

فصل : فإن دَفَع بَذْرًا إلى ذى أَرْضٍ ليَزْرَعَه فيها بجُزْءٍ ، لم يصِحَّ ؛ لأنَّ البَذْرَ لا مِن العامِلِ ولا مِن ربِّ الأرْضِ . وإنْ قالَ : أنا أَزْرَعُ أرْضِى ببَذْرِى وعَوَامِلى ، على أنَّ سَقْيَها[1] مِن مائِكَ بجُزْءٍ . لم يصِحَّ ؛ لأنَّ المُزارَعَةَ مُعامَلَةٌ على الأرْضِ ، فيَجِبُ أن يكونَ العمَلُ فيها مِن غيرِ صاحِبِها . وعنه[2] ، يصِحُّ . اختارَها[3] أبو بَكْرٍ ؛ لأنَّه لمَّا جاز أن يكونَ عِوَضُ العَملِ جُزْءًا مُشَاعًا ، جاز أن يكونَ عِوَضُ الماءِ كذلك . وإن كانوا ثلاثةً ؛ مِن أحَدِهم الأرْضُ ، ومِن آخَرَ العَملُ ، ومِن آخَرَ البَذْرُ ، والزَّرْعُ بَيْنَهم ، فهى فاسِدَةٌ ؛ لِما ذكَرْنا فى أوَّلِ الفَصْلِ .

فصل : فإن قال : أجَرْتُكَ هذه الأرْضَ بثُلُثِ الخارِجِ منها . فقال أحمدُ : يصِحُّ . واخْتلَفَ أصْحابُه ، فقالَ أكْثَرُهم : هى إجارَةٌ صحيحةٌ ، يُشْتَرطُ فيها شُروطُ الإجارَةِ . وقالَ أبو الخَطَّابِ : هذه مُزارَعَةٌ بلَفْظِ الإجارَةِ ، فيُشْتَرطُ فيها شُروطُ المُزارَعَةِ ، وحُكْمُها حُكْمُها ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ قالَ : « مَنْ كانَتْ لَهُ أَرْضٌ ، فَلْيَزْرَعْهَا ، [4]أو فلْيُزْرِعْها أخاه[4] ، ولا

(١) فى م : « تسقيها أنت » ، وفى ف : « أسقيها » .

(٢) بعده فى م : « أنه » .

(٣) فى م : « اختاره » .

(٤ - ٤) زيادة من : م .

يُكارِيها[1] بثُلُثٍ ولا برُبُعٍ، ولا بطَعَامٍ مُسَمًّى». رَواه أبو داودَ[2]. ولأنَّ هذا مَجْهُولٌ، فلم يَجُزْ أن يكونَ عِوَضًا فى الإجارَةِ، كثُلُثِ نَماءِ أرْضٍ أُخْرَى.

فصل: وحُكْمُ المُزارَعَةِ حُكْمُ المُساقَاةِ فيما ذكَرْناه مِن الجَوازِ واللُّزومِ، وما يلْزَمُ العامِلَ وربَّ الأَرْضِ، وغيرِ ذلك مِن أحْكامِها؛ لأنَّها مُعامَلَةٌ على الأرْضِ ببَعْضِ نَمائِها. وإن كانَتِ الأرْضُ ذاتَ شجَرٍ، فقال: ساقَيْتُكَ على الأَرْضِ[3] والشَّجَرِ بالنِّصْفِ. أو قال: ساقَيْتُكَ على الشَّجَرِ بالنِّصْفِ، وزارَعْتُكَ الأَرْضَ بالثُّلُثِ. جازَ؛ لأَنَّهما عَقْدَانِ يجوزُ إفْرادُهما، فجاز جَمْعُهما، كبَيْعَتَيْنِ.

فصل: ومتى سَقَط مِن الحَبِّ شىءٌ، ثم نَبَت فى عامٍ آخَرَ، [١٩٥و] أو سَقَط مِن حَبِّ المُسْتَأْجِرِ، ثم نَبَت فى عامٍ آخَرَ، فهو لصاحِبِ الأَرْضِ؛ لأَنَّ صاحِبَ الحَبِّ أسْقَطَ حقَّه منه بحُكْمِ العُرْفِ، بدَلِيلِ أنَّ لكُلِّ أحَدٍ الْتِقاطَه، فسَقَط، كما لو سَقَط النَّوَى، فنَبَت شجَرًا[4].

---

(١) فى الأصل، س ١، س ٢، ف، ب: «يكريها».

(٢) فى: باب فى التشديد فى ذلك، من كتاب البيوع. سنن أبى داود ٢/ ٢٣٣.

كما أخرجه النسائى، فى: باب ذكر الأحاديث المختلفة فى النهى عن كراء الأرض....، من كتاب المزارعة. المجتبى ٧/ ٣٩. وابن ماجه، فى: باب استكراء الأرض بالطعام، من كتاب الرهون. سنن ابن ماجه ٢/ ٨٢٣، ٨٢٤. والإمام أحمد، فى: المسند ٤/ ١٦٩. وانظر صحيح مسلم ٣/ ١١٨١.

(٣) بعده فى الأصل: «ببعض نمائها».

(٤) بعده فى الأصل: «والله أعلم بالصواب».



كِتَابُ الإجَارَةِ

وهى بَيْعُ المنافعِ ، وهى جائزَةٌ فى الجُمْلَةِ ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ قَالَتْ إِحْدَىٰهُمَا يَـٰٓأَبَتِ ٱسْتَـْٔجِرْهُ ﴾ . الآيتَيْنِ[1] . وقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾[2] . ولأنَّ الحاجَةَ إلى المنافعِ كالحاجَةِ إلى الأعْيانِ ، فلمَّا جازَ عَقْدُ البَيْعِ على الأعْيانِ ، وجَبَ أنْ يجوزَ عَقْدُ الإجارَةِ على المنافعِ .

وتَنْعَقِدُ بلَفْظِ الإجارَةِ والكَرْيِ ؛ لأنَّه لَفْظٌ موْضُوعٌ لها . وفى لَفْظِ البَيْعِ وَجْهان ؛ أحدُهما ، تَنْعَقِدُ به ؛ لأنَّها صِنْفٌ منه . والثانى ، لا تَنْعَقِدُ به ؛ لأنَّها تُخالِفُه فى الاسْمِ والحُكْمِ ، فلم تَنْعَقِدْ بلَفْظِه ، كالنِّكاحِ .

فصل : وتجوزُ إجارَةُ الظِّئْرِ للرَّضاعِ ، والرَّاعِى لرِعايَةِ الغَنَمِ ؛ للآيتَيْنِ ، واسْتِئْجارُ الدَّليلِ ليَدُلَّ على الطَّريقِ ؛ لأنَّه ثَبَتَ أنَّ النبىَّ ﷺ وأبا بَكْرٍ اسْتَأْجرَا رجلًا مِن بَنِى الدِّيلِ هادِيًا خِرِّيتًا[3] . وإجارَةُ كُلِّ عَيْنٍ يُمْكِنُ

---

(1) سورة القصص ٢٦، ٢٧.

(2) سورة الطلاق ٦.

(3) بعده فى م : « والخريت الماهر بالهداية ، وهو على دين كفار قريش ، وأمناه فدفعا إليه راحلتيهما ، ووعداه غار ثور بعد ثلاث ليال ، فأتاهما براحلتيهما صبيحة ليال ثلاث فارتحلا . رواه أحمد والبخارى » .

والحديث أخرجه البخارى ، فى : باب استئجار المشركين عند الضرورة ...، وباب إذا=

اسْتِيفَاءُ المَنْفَعَةِ المُباحَةِ منها مع بَقاءِ عَيْنِها دائمًا؛ قِياسًا على المَنْصُوصِ عليه.

وتجوزُ إجارَةُ النُّقودِ للتَّحلِّى والوَزْنِ، واسْتِئْجارُ شَجَرٍ ليُجَفِّفَ عليها الثِّيابَ، والغَنَمِ لتَدُوسَ الزَّرْعَ والطِّينَ؛ لأنَّها مَنْفَعَةٌ مُباحَةٌ يجوزُ أخْذُ العِوَضِ عنها فى غيرِ هذه الأعْيانِ، فجازَ فيها، كالبَيْعِ.

ولا يجوزُ عَقْدُها على ما لا نَفْعَ فيه، مِثْلَ أنْ يَسْتَأْجِرَ للزَّرْعِ سَبَخَةً[1] لا تُنْبِتُ، أو لا ماءَ لها يَكْفِى. فإنْ كانَ لها ماءٌ مُعْتَادٌ؛ كمَاءِ العُيونِ والأنْهارِ، والمَدِّ[2] بالبَصْرَةِ، والمَطَرِ فى مَوْضِعٍ يُكْتَفَى[3] به، جازَ. وإنْ كانَتِ الأرْضُ على نَهَرٍ تُسْقَى[4] بِزيادَتِه، كالنِّيلِ والفُرَاتِ، وتَسْقِيها الزِّيادَةُ المُعْتادَةُ، جازَتْ إجارَتُها؛ لأنَّ الغالِبَ وُجُودُها، فهى كالمَطَرِ لغيرِها، وإن كان لا يَسْقِيها إلَّا زِيادَةٌ نادِرَةٌ، فاسْتَأْجَرَها بعدَ الزِّيادَةِ، صحَّ؛ لأنَّها معْلُومَةٌ. وإنِ اسْتَأْجَرَها قبلَها، لم يصِحَّ؛ لأنَّه لا يُعْلَمُ وُجُودُها، فهى كبَيْعِ الطَّيْرِ فى الهَواءِ. وإنِ اسْتَأْجَرَها ولم يَذْكُرْها للزِّرَاعَةِ، وكانَتْ تصْلُحُ لغيرِها، صحَّ. وإنْ لم تَصْلُحْ لغيرِها، لم يصِحَّ؛ لأنَّ نَفْعَها معْدُومٌ. وإنْ غرِقَتِ الأرْضُ فاكْتَراهَا لزَرْعِ ما لا يَنْبُتُ فى الماءِ، كالحِنْطَةِ،

= استأجر أجيرًا ليعمل له بعد ثلاثة أيام ...، من كتاب الإجارة، وفى: باب هجرة النبى ﷺ وأصحابه إلى المدينة، من كتاب مناقب الأنصار. صحيح البخارى ٣/ ١١٦، ٥/ ٧٦.

(١) أى أرض ذات نز وملح.

(٢) فى حاشية ف: «ومد البحر مدا زاد، ومده غيره مدا زاده، وأمد بالألف وأمده غيره».

(٣) فى م: «يكفى».

(٤) فى س ٢: «يسقى»، وفى م: «يستقى».

وللماءِ[1] مَغِيضٌ[2] يُمْكِنُ فَتْحُه فيَنْحَسِرُ الماءُ، ويُمْكِنُ زَرْعُها، صحَّ؛ لأنَّه[3] يُمْكِنُ زَرْعُها بفَتْحِه، كما يُمْكِنُ سُكْنَى الدَّارِ بفَتْحِها. وإن عَلِمَ أنَّه يَنْحَسِرُ عادةً، صحَّ؛ لأنَّه[4] يُعْلَمُ بالعادَةِ إمْكانُ الانْتِفاعِ بها[5]. وإن لم يعْلَمْ هل يَنْحَسِرُ أو لا؟ لم يَصِحَّ؛ لِما ذكَرْنا. وإنِ اكْتَرَى أرْضًا [١٩٥ظ] على نَهَرٍ تَغْرَقُ بزِيادَتِه المُعْتادَةِ، لم يصِحَّ؛ لأنَّه غيرُ مُنْتَفَعٍ بها عادةً. وإن كانَتْ بخِلافِ ذلك، صَحَّ.

فصل: ولا يجوزُ عَقْدُ الإجارَةِ على المَنافِعِ المحَرَّمَةِ؛ كالغِنَاءِ، والنِّياحَةِ، والزَّمْرِ، ولا إجارَةُ دارِه لمَن يتَّخِذُها كَنِيسَةً، أو بَيْتَ نارٍ، أو يَبِيعُ فيها الخَمْرَ ونحوَه؛ لأنَّه مُحَرَّمٌ، فلم تَجُزِ الإجارَةُ لفِعْلِه، كإجارَةِ الأَمَةِ للزِّنَى. ولا يجوزُ اسْتِئْجارُ رجلٍ ليَكْتُبَ له غِناءً أو نَوْحًا أو شيئًا مُحَرَّمًا؛ لذلك، ولا يجوزُ اسْتِئْجارُه ليَحْمِلَ خَمْرًا ليَشْرَبَها؛ لذلك. وعنه في مَنْ حمَلَ خِنْزِيرًا أو مَيْتَةً لنَصْرانِيٍّ: أكْرَهُ أكْلَ كِرَائِه[6]، ولكنْ يُقْضَى له بالكِرَاءِ، وإذا كان لمُسْلِم، فهو أشَدُّ. قال القاضي: هذا مَحْمُولٌ على أنَّه اسْتَأْجَرَه ليُرِيقَها، أمَّا للشُّرْبِ، فمَحْظُورٌ، لا يحِلُّ أخْذُ الأُجْرَةِ عليه.

---

(١) في م: «الماء».

(٢) في حاشية ف: «والمغيض بالغين المعجمة، هو مجتمع الماء والمكان الذى يغيض فيه الماء، وغضته فجرته إلى مغيض، والحسر النضب، وحسر الماء، نضب عن موضعه. ونضب الماء ينضب، غار في الأرض، وبابه دخل».

(٣) بعده في س ٢: «لا».

(٤) بعده في الأصل: «لا».

(٥) سقط من: م.

(٦) في ف: «أجرته».

وإنِ اسْتأْجَرَ حَجَّامًا ليَحْجُمَه، جاز؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ حَجَمَه أبو طَيْبَةَ[1]، فأعْطَاه أَجْرَه[2]. مُتَّفَقٌ عليه[3]. قال ابنُ عَبَّاسٍ، رَضِىَ اللَّهُ عنهما: ولو كان حَرامًا ما أعْطَاه أَجْرَه[4]. ويُكْرَهُ للحُرِّ أكْلُ أَجْرِه؛ لقَوْلِ النبىِّ ﷺ: «كَسْبُ الحَجَّامِ خَبِيثٌ»[5]. وقال: «أَطْعِمْهُ عَبْدَكَ و[6] خادِمَكَ»[7]. وقال القاضى: لا تصِحُّ إجارَتُه؛ لهذا الحديثِ.

---

(١) أبو طيبة مولى الأنصار. انظر ترجمته فى الإصابة ٧/ ٢٣٣.

(٢) بعده فى م: «صاعين من طعام وكلم مواليه فخففوا عنه».

(٣) أخرجه البخارى، فى: باب ذكر الحجام، من كتاب البيوع، وباب خراج الحجام، من كتاب الإجارة. صحيح البخارى ٣/ ٨٣، ١٢٢. ومسلم، فى: باب حل أجرة الحجامة، من كتاب المساقاة. صحيح مسلم ٣/ ١٢٠٥.

كما أخرجه أبو داود، فى: باب كسب الحجام، من كتاب الإجارة. سنن أبى داود ٢/ ٢٣٩. وابن ماجه، فى: باب كسب الحجام، من كتاب التجارات. سنن ابن ماجه ٢/ ٧٣١. والإمام أحمد، فى: المسند ١/ ٢٣٤، ٢٥٨، ٢٩٣، ٣٢٤، ٣٣٣، ٣٥١، ٣٦٥. كلهم من حديث ابن عباس.

وانظره من حديث أنس فى: صحيح البخارى ٣/ ٨٢، ١٠٣، ١٢٢، ٧/ ١٦١. صحيح مسلم ٣/ ١٢٠٤. سنن أبى داود ٢/ ٢٣٩. عارضة الأحوذى ٥/ ٢٧٨. سنن الدارمى ٢/ ٢٧٢. الموطأ ٢/ ٩٧٤. المسند ٣/ ١٠٠، ١٧٤، ١٨٢، ٣٥٣.

(٤) بهذا اللفظ أخرجه الإمام أحمد، فى: المسند ١/ ٣٣٣. وانظره بنحوه فى تخريج حديثه السابق إلا ابن ماجه فهو عنده مختصرا دون قول ابن عباس.

(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ١٧، من حديث: «ثمن الكلب خبيث».

(٦) فى م: «أو».

(٧) انظر ما أخرجه أبو داود، فى: باب كسب الحجام، من كتاب الإجارة. سنن أبى داود ٢/ ٢٣٨. والترمذى، فى: باب ما جاء فى كسب الحجام، من أبواب البيوع. عارضة الأحوذى ٥/ ٢٧٨. وابن ماجه، فى: باب كسب الحجام، من كتاب التجارات. سنن ابن ماجه ٢/ ٧٣٢. والإمام مالك، فى: باب ما جاء فى الحجام وأجر الحجام، من كتاب الجامع. الموطأ =

فصل : ولا تجوزُ إجارَةُ الفَحْلِ للضِّرَابِ ؛ لِما روَى ابنُ عُمَرَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنهما ، أنَّ النبىَّ ﷺ نَهَى عن عَسْبِ الفَحْلِ . أخْرَجَه البُخارِىُّ[1] . ولأنَّ المَقْصُودَ منه الماءُ الذى يُخلَقُ منه الوَلَدُ ، وهو مُحَرَّمٌ لا قِيمَةَ له ، فلم يَجُزْ أخْذُ عِوضِه ، كالدَّمِ . ولا يجوزُ إجارَةُ النُّقودِ ليُجَمِّلَ بها الدُّكَّانَ ؛ لأنَّها لم تُخلَقْ لذلك ، ولا تُرادُ له ، فبَذْلُ العِوَضِ فيه مِنَ السَّفَهِ ، وأخْذُه مِن أكْلِ المالِ بالباطِلِ . وكذلك اسْتِئْجَارُ الشَّمْعِ للتَّجمُّلِ به ، أو ثَوْبٍ ليُوضَعَ على سَرِيرِ المَيِّتِ ، لا يجوزُ لذلك[2] .

فصل : ولا يجوزُ عَقْدُ الإجارَةِ على ما تَذْهَبُ أجْزَاؤُه بالانْتِفاعِ به[3] ؛ كالمَطْعُومِ ، والمَشْرُوبِ ، والشَّمْعِ يُسْرِجُه ، والشَّجَرِ يأْخُذُ ثَمَرتَه ، والبَهِيمَةِ يَحْلِبُها ؛ لأنَّ الإجارَةَ عَقْدٌ على المَنافعِ ، فلا تجوزُ لاسْتِيفَاءِ عَيْنٍ ، كما لو اسْتَأْجَرَ دِينارًا ليُنْفِقَه ، إلَّا فى الظِّئْرِ ، تجوزُ للرَّضَاعِ ؛ لأنَّ الضَّرُورَةَ تدْعُو إليه لبَقاءِ الآدَمِىِّ ، ولا يقومُ غيرُها مَقامَها .

فصل : ولا تجوزُ إجارَةُ ما يُسْرِعُ فَسادُه ، كالرَّياحِينِ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ

= ٢/ ١٥٣، ١٥٤. رواية أبى مصعب الزهرى. والإمام أحمد، فى : المسند ٣/ ٣٨١، ٤/ ١٤١، ٥/ ٤٣٥، ٤٣٦.

(١) فى : باب عسب الفحل، من كتاب الإجارة. صحيح البخارى ٣/ ١٢٣.

كما أخرجه أبو داود، فى : باب عسب الفحل، من كتاب الإجارة. سنن أبى داود ٢/ ٢٣٩. والترمذى، فى : باب ما جاء فى كراهية عسب الفحل، من أبواب البيوع. عارضة الأحوذى ٥/ ٢٧٤. والنسائى، فى : باب بيع ضراب الجمل، من كتاب البيوع. المجتبى ٧/ ٢٧٣. والإمام أحمد، فى : المسند٢/ ١٤.

(٢) فى م : « ذلك » .

(٣) سقط من : الأصل .

الانْتِفاعُ بها مع بَقاءِ عَيْنِها دائمًا ، فجَرَتْ مَجْرَى المَطْعُومِ[(١)] ، فإنْ كان ممَّا تَبْقَى عَيْنُه دائمًا ، كالعَنْبَرِ ، جازَتْ إجارَتُه للشَّمِّ ؛ لِما تَقَدَّمَ .

فصل : وما يَخْتَصُّ[(٢)] فاعِلُه أنْ يكونَ مِن أهْلِ القُرْبَةِ ، وهم المُسْلِمُونَ ؛ كالحَجِّ ، وتعليمِ القُرآنِ ، ففيه رِوايَتانِ ؛ إحْداهما ، يجوزُ الاسْتِئْجارُ عليه ؛ لقَوْلِ النبيِّ ﷺ : « أحقُّ[(٣)] ما أَخَذْتُمْ عليهِ أجْرًا كِتابُ اللَّهِ » . روَاه [١٩٦و] البُخارِيُّ[(٤)] . وأباحَ أخْذَ الجُعْلِ عليه[(٥)] . ولأنَّه فِعْلٌ مُباحٌ ، فجازَ أخْذُ الأُجْرَةِ عليه ، كتَعْليمِ الفِقْهِ . والثانيةُ ، لا يجوزُ ؛ لقَوْلِ النبيِّ ﷺ لعُثْمانَ ابنِ أبى العاصِ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه : « وَاتَّخِذْ مُؤَذِّنًا لا يَأْخُذُ عَلَى أذَانِه أَجْرًا » . رَواه أبو داودَ[(٦)] . ولأنَّه لا يقَعُ إلَّا قُرْبَةً لفاعِلِه ، فلم يَجُزْ أخْذُ العِوَضِ عليه ،

---

(١) فى الأصل : « الطعام » .

(٢) فى م : « يخص » .

(٣) فى م : « إن أحق » .

(٤) فى : باب ما يعطى فى الرقية على أحياء العرب ، من كتاب الإجارة ، وفى : باب الشرط فى الرقية بقطيع من الغنم ، من كتاب الطب . صحيح البخارى ٣/ ١٢١ ، ٧/ ١٧١ .

(٥) أخرجه البخارى ، فى : باب ما يعطى فى الرقية على أحياء العرب بفاتحة الكتاب ، وباب النفث فى الرقية ، من كتاب الطب . صحيح البخارى ٣/ ١٢١ ، ٦/ ٢٣١ ، ٧/ ١٧٠ ، ١٧٣ . ومسلم ، فى : باب جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن والأذكار ، من كتاب السلام . صحيح مسلم ٤/ ١٧٢٧ ، ١٧٢٨ . وأبو داود ، فى : باب كسب الأطباء ، من كتاب الإجارة ، وفى : باب كيف الرقى ، من كتاب الطب . سنن أبى داود ٢/ ٢٣٧ ، ٢٣٨ ، ٣٤٠ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى أخذ الأجر على التعويذ ، من أبواب الطب . عارضة الأحوذى ٨/ ٢٢٣ . وابن ماجه ، فى : باب أجر الراقى ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٢٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٢ ، ١٠ ، ٤٤ ، ٨٣ . كلهم من حديث أبى سعيد الخدرى ، ويأتى لفظه فى صفحة ٤١٩ .

(٦) تقدم تخريجه فى ١/ ٢٢٩ .

كالصَّلاةِ . فأمَّا الاسْتِئْجارُ لتَعْليمِ الفِقْهِ والشِّعْرِ المُباحِ ، فيَجُوزُ ؛ لأنَّ فاعِلَه لا يَخْتَصُّ أن يكونَ مِن أهْلِ القُرْبَةِ ، فجاز ، كبناءِ المساجِدِ . وفى إجارَةِ المُصْحَفِ وَجْهان ؛ بِناءً على بَيْعِه .

فصل : قال بعضُ أصْحابِنا : لا يجوزُ إجارَةُ المُشاعِ لغيرِ الشَّرِيكِ ، إلَّا أن يُؤْجِراه[1] معًا ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُه تَسْلِيمُ حِصَّتِه إلى المُسْتَأْجِرِ إلَّا بمُوافقَةِ الشَّرِيكِ . وقال أبو حَفْصٍ : يجوزُ ؛ لأنَّه يَصِحُّ بَيْعُه ورَهْنُه ، فصَحَّتْ إجارَتُه ، كالمُفْرَزِ .

فصل : ولا بَأْسَ أنْ يُؤْجِرَ نفْسَه مِن الذِّمِّيِّ . نَصَّ عليه ؛ لأنَّ عليًّا ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، أجَرَ نفْسَه يَهُودِيًّا ، يَسْتَقِى[2] له كُلَّ دَلْوٍ بتَمْرَةٍ ، وأخْبَرَ به النبىَّ ﷺ فلم يُنْكِرْهُ ، وأَكَلَ[3] أجْرَه[4] . ولا يُؤْجِرُ نفْسَه لخِدْمَتِه ؛ لأنَّه يتَضَمَّنُ إذْلَالَ المُسْلِمِ للكافِرِ ، فلم يَجُزْ ، كبَيْعِه إيَّاه . ويتَخَرَّجُ الجوازُ ؛ لأنَّه عاوَضَه عن مَنْفَعَتِه[5] ، فجاز ، كإجارتِه لعَمَلِ شىءٍ .

فصل : والإجارَةُ على ثَلاثَةِ أضْرُبٍ ؛ إجارَةُ عَيْنٍ مُعَيَّنَةٍ ، كالدُّورِ ،

---

(١) فى م : « يؤجره » .

(٢) فى الأصل ، م : « يسقى » .

(٣) بعده فى م : « من » .

(٤) بهذا اللفظ أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ١/ ٩٠. وانظر ما أخرجه الترمذى ، فى : باب حدثنا هارون بن إسحاق الهمدانى ...، من أبواب صفة القيامة . عارضة الأحوذى ٩/ ٢٩٢. وابن ماجه ، فى : باب الرجل يستقى كل دلو بتمرة ...، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢/ ٨١٨. وانظر الكلام عليه فى الإرواء ٥/٣١٣ - ٣١٥.

(٥) فى م : « منفعة » .

ومَوْصُوفَةٌ فى الذِّمَّةِ، كبَعِيرٍ للرُّكُوبِ، وعَقْدٌ على عَملٍ فى الذِّمَّةِ؛ كخِيَاطَةِ ثَوْبٍ، وحَمْلِ مَتَاعٍ؛ لأنَّ البيعَ يقَعُ فى عَيْنٍ حاضِرَةٍ ومَوْصُوفةٍ ومُقَدَّرٍ مَعْلُومٍ، كقَفِيزٍ مِن صُبْرَةٍ، فكذلك الإجارَةُ. فإن كانَتِ الإجارَةُ لعَيْنٍ مُعَيَّنَةٍ اشْتُرِطَ معْرِفَتُها برُؤْيَةٍ أو صِفَةٍ إن كانت تَنْضَبِطُ بالصِّفاتِ، كالحَيَوانِ، وإن لم تَنْضَبِطْ، كالدَّارِ[1] والأَرْضِ، فلا بُدَّ مِن رُؤْيَتِها، كما يُشْتَرَطُ ذلك فى البيعِ. وفى اسْتِئْجارِ عَيْنٍ لم يَرَها ولم تُوصَفْ له وَجْهان؛ بِناءً على بَيْعِها. ويُشْتَرَطُ معْرِفَةُ المَنْفَعةِ، فإن كان لها عُرْفٌ، كسُكْنَى الدارِ، لم يحْتَجْ إلى ذِكْرِها؛ لأَنَّها لا تُكْتَرَى إلَّا[2] لذلك، فاسْتُغْنِيَ عن ذِكْرِها، كالبيعِ بثَمَنٍ مُطْلَقٍ فى مَوْضِعٍ فيه نَقْدٌ مَعْروفٌ.

وإنِ اكْتَرَى أرْضًا، احْتاجَ إلى ذِكْرِ ما يَكْتَرِى له؛ مِن غِرَاسٍ، أو بِنَاءٍ، أو زَرْعٍ؛ لأَنَّها تُكْتَرَى لذلكَ كلِّه، وضَرَرُه يَخْتَلِفُ، فوَجَبَ بَيانُه، فإنْ أَجَرَها للزَّرْعِ مُطْلَقًا، صَحَّ، وله زَرْعُ ما شاءَ؛ لأَنَّه يجوزُ أن يَسْتَأْجِرَها لأَعْظَمِ الزَّرْعِ ضَرَرًا، فإذا أَطْلَقَ العَقْدَ تَناوَلَه بإطْلَاقِه، ودخَلَ فيه ما دُونَه. وإن قال: لتَزْرَعَهَا[3] ما شِئْتَ. فهو أوْلَى بالصِّحَّةِ؛ لتَصْرِيحِه بذلك[4]. وإنِ اكْتَرَاها لزَرْعٍ مُعَيَّنٍ، فله زَرْعُه ومِثْلِه فى الضَّرَرِ ودُونِه؛ لأَنَّ الزَّرْعَ إنَّما ذُكِرَ لتَقْدِيرِ مَنْفَعَةِ الأرْضِ، فلم يتَعَيَّنْ، كما لو اكْتَرَى للسُّكْنَى، كان له أنْ يُسْكِنَ غيرَه. وإن قال: لتَزْرَعَها أو لتَغْرِسَها. لم يصِحَّ؛ لأَنَّه لم يُعَيِّنْ،

---

(١) فى م: «كالدور».

(٢) سقط من: الأصل.

(٣) فى م: «لتزرعنها»، وفى ف: «ازرعها».

(٤) فى س ٢، م: «لذلك».

أَشْبَهَ ما لو باعَه أحدَ هذَيْنِ العَبْدَيْنِ. وإنْ قال: لتَزْرَعَها وتَغْرِسَها ما شِئْتَ. صحَّ، وله ما شاءَ منهما؛ [١٩٦ظ] لأنَّه جعَلَهما له، فمَلَكَهما، كالنَّوْعِ الواحدِ[1].

فصل: وإنِ اكْتَرَى ظَهْرًا للرُّكُوبِ، اشْتُرِطَ معْرِفَتُه برُؤْيَةٍ أو صِفَةٍ؛ لأنَّه يَصِحُّ بَيْعُه بهما، وذِكْرُ المُهَمْلَجِ[2] والقَطُوفِ[3] مِن الخيلِ؛ لأنَّ سَيْرَهما يَخْتَلِفُ، ومَعْرِفَةُ ما يَرْكَبُ به مِن سَرْجٍ أو غيرِه؛ لأنَّه يَخْتَلِفُ بالمَرْكُوبِ[4] والرَّاكِبِ، ولا يحْتاجُ إلى ذِكْرِ الذُّكُورِيَّةِ والأُنُوثِيَّةِ؛ لأنَّ التَّفاوُتَ بيْنَهما يَسِيرٌ. وقال القاضى: يَفْتَقِرُ إلى مَعْرِفَتِه؛ لتَفاوُتِهما. ولا بُدَّ مِن مَعْرِفَةِ الرَّاكِبِ برُؤْيَةٍ أو صِفَةٍ. ذكَرَه الخِرَقِيُّ؛ لأنَّ الصِّفَةَ تَكْفِى فى[5] بَيْعِ[6] مِثْلِه. وقال الشَّرِيفُ: لا يُجْزِئُ فيه إلَّا الرُّؤْيَةُ؛ لأنَّ الصِّفَةَ لا تَأْتِى عليه. ولا بُدَّ مِن معْرِفَةِ المَحامِلِ، والأَغْطِيَةِ، والأَوْطِئَةِ، والمَعالِيقِ، كالقِدْرِ والسَّطِيحَةِ[7] ونحوِهما، إمَّا برُؤْيَةٍ أو صِفَةٍ و[8] وَزْنٍ.

وإنِ اكْتَرَى ظَهْرًا لعَمَلٍ فى مُدَّةٍ؛ كالحِرَاثَةِ، والدِّيَاسِ، والسَّقْيِ،

---

(١) فى ف: «الآخر».
(٢) المهملج: هو ما ذلل وسلس قياده من الدواب.
(٣) القطوف من الدواب: التى تسيء السير وتبطئ.
(٤) فى الأصل: «الركوب».
(٥) فى الأصل: «من».
(٦) سقط من: م.
(٧) السطيحة: المزادة تكون من جلدين لا غير.
(٨) فى م: «أو».

والطَّحْنِ، اشْتُرِطَ مَعْرِفَةُ الظَّهْرِ بالتَّعْيِينِ أو الصِّفَةِ؛ لأنَّ العَملَ يَخْتَلِفُ باخْتِلَافِه. وإنِ اسْتَأْجَرَه على عَمَلٍ مُعَيَّنٍ؛ كحِراثَةِ قَدْرٍ مِن الأرْضِ، ودِيَاسِ زَرْعٍ مُعَيَّنٍ، وطَحْنِ قُفْزَانٍ مَعْلُومَةٍ، لم يحْتَجْ إلى معْرِفَةِ الظَّهْرِ؛ لأنَّه لا يَخْتَلِفُ. ويحْتاجُ فى الطَّحْنِ إلى معْرِفَةِ الحَجَرِ، وفى السَّقْيِ إلى مَعْرِفَةِ البِئْرِ، والدُّولَابِ؛ لأنَّه يَخْتَلِفُ.

وإنِ اكْتَرَى لحَمْلِ مَتاعٍ، لم يحْتَجْ إلى ذِكْرِ جِنْسِ الظَّهْرِ؛ لعدَمِ الغَرَضِ فى معْرِفَتِه. ويُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ المَتاعِ برُؤْيَةٍ أو صِفَةٍ، فيَذْكُرُ جِنْسَه؛ مِن حَدِيدٍ أو قُطْنٍ أو نحوِه؛ لأنَّ ضرَرَه يَخْتَلِفُ، وقَدْرَه بالوَزْنِ إن كانَ مَوْزُونًا، أو بالكَيْلِ إن كانَ مَكِيلًا؛ لأنَّ البيعَ يصِحُّ بكِلَا الطَّرِيقَيْنِ[1]. وإن ذَكَر وَزْنَ المَكِيلِ، فهو أحْصَرُ. وإن دخَلَتِ الظُّروفُ فى وَزْنِ المَتاعِ، اسْتُغْنِيَ عن ذِكْرِها، وإن لم تَدْخُلْ وكانَتْ مَعْرُوفةً[2] لا تَخْتَلِفُ كثيرًا، صَحَّ مِن غيرِ تَعْيِينِها؛ لأنَّ تَفاوُتَها يَسِيرٌ. وإنِ اخْتلفَتْ كثيرًا، اشْتُرِطَ معْرِفَتُها بالرُّؤْيَةِ أو الصِّفَةِ؛ لذلك.

ولو اكْتَرَى ظَهْرًا ليَحْمِلَ عليه ما شاءَ، لم يصِحَّ؛ لأنَّه[3] يدْخُلُ فى ذلك ما يَقْتُلُ البَهِيمَةَ، وإن شَرَط أن يحْمِلَ عليها طاقَتَها، لم يَصِحَّ؛ لأنَّه لا ضَابِطَ له.

فصل: وإنِ اسْتَأْجَر راعِيًا مُدَّةً، صحَّ؛ لأنَّ موسى، عليه السَّلامُ، أَجَرَ

---

(١) فى الأصل، م: «الطرفين».

(٢) فى الأصل: «معرفة».

(٣) بعده فى الأصل: «لم».

نفْسه لرِعايَةِ الغَنَمِ ثَمانِىَ سِنِينَ[1] . ويُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ الحيَوانِ ؛ لأنَّ لكُلِّ جِنْسٍ تأْثِيرًا فى إتْعَابِ الرَّاعِى . ويجوزُ أن يكونَ على مُعَيَّنٍ ، وعلى مَوْصُوفٍ فى الذِّمَّةِ ، فإن كان على مَوْصُوفٍ[2] ، اشْتُرِطَ ذِكْرُ العَدَدِ ؛ لأنَّ العَملَ يَخْتلِفُ به . وإنِ اسْتَأْجَر ظِئْرًا ، اشْتُرِطَ مَعْرِفَةُ الصَّبِىِّ بالتَّعْيِينِ ؛ لأنَّ الرَّضَاعَ يخْتَلِفُ به ، ولا تَأْتِى عليه الصِّفَةُ .

وإنِ اسْتَأْجَر رجُلًا ليَحْفِرَ له بِئْرًا ، أو نَهَرًا ، اشْتُرِط مَعْرِفَةُ الأرْضِ ؛ لأنَّ الغرَضَ يخْتَلِفُ باخْتِلَافِها[3] ، ومَعْرِفَةُ الطُّولِ والعَرْضِ والعُمْقِ ؛ لأنَّ الغرَضَ يَخْتَلِفُ بذلك[4] . وإنِ اسْتَأْجَرَه لبناءِ حائطٍ ، [١٩٧و] اشْتُرِطَ ذِكْرُ طُولِه وعَرْضِه وعُلْوِه ، وآلَتِه مِن لَبِنٍ أو طِينٍ أو غيرِه ؛ لأنَّ الغَرَضَ يخْتَلِفُ بذلك كلِّه . وإنِ اسْتَأْجَرَه لضَرْبِ لَبِنٍ ، اشْتُرِطَ معْرِفَةُ الماءِ والتُّرابِ والطُّولِ والسُّمْكِ والعَرْضِ والعدَدِ . وعلى هذا جميعُ الأعْمالِ التى يَسْتَأْجِرُ عليها . فإنْ كانَ فيما يَخْتَلِفُ فيه الغرَضُ ما[5] لا يعْرِفُه ، رجَعَ فيه إلى أهْلِ الخِبْرَةِ به ؛ ليَعْقِدَ على شَرْطِه ، كما لو أرادَ النِّكاحَ مَن لا يعْرِفُ شُروطَه ، رجَعَ إلى من يعْرِفُه ليُعَرِّفَه شُروطَه . وإن عَجز عن مَعْرِفَتِه ، وَكَّلَ فيه مَن يعْرِفُه ليَعْقِدَه .

---

(١) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب إجارة الأجير على طعام بطنه ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢/ ٨١٧. وضعف البوصيرى إسناده . مصباح الزجاجة ٢/ ٢٦٠.

(٢) بعده فى م : « فى الذمة » .

(٣) فى الأصل : « باختلافهما » .

(٤) بعده فى م : « كله » .

(٥) سقط من : م .

فصل : ويُشْتَرَطُ معْرِفَةُ قَدْرِ المَنْفَعةِ ؛ لأنَّ الإجارَةَ بَيْعٌ ، والبيعُ لا يصِحُّ إلَّا فى معْلُومِ القَدْرِ ، ولمَعْرِفَتِها طَرِيقانِ ؛ أحدُهما ، تَقْدِيرُ العَملِ ؛ كخِيَاطَةِ ثَوْبٍ مُعَيَّنٍ ، والرُّكُوبِ ، أو حَمْلِ شىءٍ مَعْلُومٍ[1] إلى مَكانٍ مُعَيَّنٍ . والثانى ، تقْدِيرُ المُدَّةِ ، كسُكْنَى شَهْرٍ . فإن كانَتِ المَنْفَعَةُ لا تتَقَدَّرُ بالعَملِ ؛ كالتَّطْيِينِ والتَّجْصِيصِ ، فإنَّ مِقْدارَه يَخْتَلِفُ فى الغِلَظِ والرِّقَّةِ ، وما يَرْوِى الأرْضَ مِن الماءِ ، يخْتَلِفُ باخْتِلافِ الأرْضِ واحْتِيَاجِها إلى الماءِ وما يُشْبِعُ الصَّبِىَّ فى الرَّضَاعِ يَخْتَلِفُ باخْتِلافِ الصِّبْيَان والأَحْوالِ والسُّكْنَى ونحوِها ، فلا يجوزُ تَقْدِيرُه إلَّا بالمُدَّةِ ، لتَعَذُّرِ تقْدِيرِه بالعَملِ . وما يتَقَدَّرُ بالعَملِ ، كاسْتِئْجارِ الظَّهْرِ للحَرْثِ والحَمْلِ والطَّحْنِ والدِّيَاسِ ، والعَبْدِ للخِدْمَةِ ، جازَ تقْدِيرُه بالعَملِ ، فإن شَرَط تَقْدِيرَه بالعَملِ والمُدَّةِ ، فقالَ : اسْتَأْجَرْتُكَ لتَحْرُثَ لى هذه الأرْضَ فى شَهْرٍ . لم يصِحَّ ؛ لأنَّه إن حرَثَها فى أقَلَّ مِن شَهْرٍ ، أو فَرَغَ الشَّهْرُ قبلَ حَرْثِها ، فطُولِبَ بتَمامِ ما بَقِىَ ، كانَ زيادَةً على المَشْرُوطِ ، وإن لم يُتَمِّمْ[2] ، كان نَقْصًا . وعن أحمدَ ما يدُلُّ على الصِّحَّةِ ؛ لأنَّ الإجارَةَ مَعْقُودَةٌ للعَمَلِ[3] ، والمُدَّةُ مذْكُورَةٌ للتَّعْجِيلِ ، فجازَ كالجَعَالَةِ .

ويُشْتَرطُ فيما قُدِّرَ بمُدَّةٍ معْرِفَةُ المُدَّةِ ؛ لأنَّها الضابِطَةُ للمَعْقُودِ عليه ، فإنْ قَدَّرَها بسَنَةٍ أو شَهْرٍ ، كان ذلك بالأَهِلَّةِ ؛ لأنَّها المَعْهُودَةُ فى الشَّرْعِ ، فوَجَبَ حَمْلُ المُطْلَقِ عليها ، فإن كانَ ذلكَ فى أثْناءِ شَهْرٍ ، عَدَّ باقِيَه ، ثم

---

(١) بعده فى الأصل : « و » .

(٢) فى م : « يتم » .

(٣) فى م : « على العمل » .

عَدَّ أحَدَ عشَرَ شَهْرًا بالهِلَالِ، ثم كَمَّل الأوَّلَ بالعدَدِ ثلاثِينَ يَوْمًا؛ لأنَّه تعَذَّرَ إتْمامُه بالهِلَالِ، فكُمِّل بالعَدَدِ. وحُكِيَ فيه رِوايَةٌ أُخْرَى، أنَّه يَسْتَوْفِي الجميعَ بالعَدَدِ؛ لأنَّه يجبُ إتْمامُ الشَّهْرِ ممَّا يَلِيه، فيَصِيرُ ابْتِداءُ الثانى فى أثْنائِه، وكذلك ما بعدَه. وإنْ عَقَدَ على سنَةٍ رُومِيَّةٍ، وهى ثلاثُمائةٍ وخَمْسَةٌ وسِتُّونَ يومًا ورُبُعٌ، وهما يَعْلَمانِ ذلك، جاز، وإن جَهِلاها أو أحدُهما، لم يصِحَّ؛ لأنَّ المُدَّةَ مَجْهُولَةٌ عندَه. والحُكْمُ فى مُدَّةِ الإجارَةِ كالحُكْمِ فى مُدَّةِ السَّلَمِ على ما مَضَى فيه.

فصل: وتجوزُ الإجارَةُ[1] مُدَّةً لا تَلِى العَقْدَ، مثلَ أنْ يُؤْجِرَه شَهْرَ رَجَبٍ وهو فى صَفَرٍ، سَواءٌ كانَتْ[2] فارِغَةً أو مُؤْجَرَةً[3] مع المُسْتَأْجِرِ أو غيرِه؛ لأنَّها مُدَّةٌ يجوزُ العَقْدُ عليها مع غيرِها، فجاز عليها مُفْرَدَةً، كالتى تَلِى العَقْدَ. ويُحْتاجُ إلى ذِكْرِ ابْتِدائِها؛ لأنَّها أحدُ طَرَفَيِ المُدَّةِ، فاحْتِيجَ إلى معْرِفَتِها، كالانْتِهاءِ، فإن كانَتْ تَلِى العَقْدَ[4]، فابْتِداؤُها منه، ولا يحْتاجُ إلى ذِكْرِها؛ لأنَّها [١٩٧ظ] معْلُومَةٌ.

فصل: فإن قال: أَجَرْتُكَها كُلَّ شَهْرٍ بدِرْهَمٍ. فالمَنْصُوصُ أنَّه صحيحٌ. وذهَبَ إليه الخِرَقِيُّ، والقاضى. لكنْ تصِحُّ فى الشَّهْرِ الأوَّلِ بإطْلَاقِ العَقْدِ؛ (٥) لأنَّه معْلُومٌ يَلِى العَقْدَ (٥)، وأُجْرَتُه معْلُومَةٌ، وما بعدَه يصِحُّ العَقْدُ

---

(١) بعده فى الأصل: «على».

(٢) فى س ٢: «مؤجرة أو مؤجلة».

(٣) فى م: «مستأجرة».

(٤) بعده فى الأصل: «إلى ذكر».

(٥ - ٥) سقط من: الأصل.

فيه بالتَّلَبُّسِ به ، ولكُلِّ واحدٍ منهما الفَسْخُ عندَ تَقَضِّى كُلِّ شهرٍ ؛ لأنَّ عليًّا ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، أجَر نفْسَه مِن يَهُودِىٍّ يشتَقِى له كُلَّ دَلْوٍ بتَمْرَةٍ ، وجاءَ به إلى النبىِّ ﷺ فأكَلَ منه[1] . وذَهَب أبو بكرٍ ، وجماعَةٌ مِن أصْحابِنا إلى بُطْلَانِه ؛ لأنَّ العَقْدَ على كُلِّ الشُّهورِ ، وهى مُبْهَمَةٌ مَجْهُولَةٌ ، فلم يصِحَّ ، كما لو جَعَل أُجْرَتَها فى الجميعِ شيئًا واحدًا .

فصل : ويُشْتَرَطُ فى صِحَّةِ الإجارَةِ ذِكْرُ الأُجْرَةِ ؛ لأنَّه عَقْدٌ يُقْصَدُ فيه العِوَضُ ، فلم يصِحَّ مِن غيرِ ذِكْرِه ، كالبيعِ . ويُشْتَرَطُ أن تكونَ معْلُومَةً ؛ لذلك ، ويحْصُلُ العِلْمُ بالمُشاهَدَةِ أو بالصِّفَةِ ، كالبيعِ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، لا بُدَّ مِن ذِكْرِ قَدْرِه وصِفَتِه ؛ لأنَّه رُبَّما انْفسَخَ العَقْدُ ، ووَجَبَ رَدُّ عِوَضِه بعدَ تَلَفِه ، فاشْتُرِطَ معْرِفَةُ قَدْرِه ليَعْلَمَ بِكَمْ يَرْجِعُ ، كرأْسِ مالِ السَّلَمِ ، وقد ذَكَرْنَا وَجْهَ الوَجْهَيْنِ فى السَّلَمِ . وتجوزُ بأُجْرَةٍ حالَّةٍ ومُؤَجَّلَةٍ ؛ لأنَّ الإجارَةَ كالبيعِ ، وذلك جائزٌ فيه ، فإن أطْلَقَ العَقْدَ وجَبَتْ به حالَّةً ، ويجِبُ تَسْليمُها بتَسْليمِ العَيْنِ ؛ لأنَّها عِوَضٌ فى مُعَاوَضَةٍ ، فتُسْتَحَقُّ بمُطْلَقِ العَقْدِ ، كالثَّمَنِ . وإنْ كانَتِ الإجارَةُ على عَمَلٍ فى الذِّمَّةِ ، اسْتَحَقَّ اسْتِيفَاءَ الأُجْرَةِ عندَ إيفَاءِ[2] العَمَلِ ؛ لقَوْلِ النبىِّ ﷺ : « أَعْطُوا الأَجِيرَ أجْرَه قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرَقُه »[3] . ولأنَّه أحدُ العِوَضَيْنِ ، فيَلْزَمُ[4] تَسْلِيمُه عندَ تَسْليمِ الأجْرِ ،

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٨٥.

(٢) فى م : « انقضاء » .

(٣) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب أجر الأجراء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢/ ٨١٧.

(٤) فى م : « فلزم » .

كالبيعِ . وإن شرَطَا تأْجِيلَها ، جاز ، إلَّا أن يكونَ العَقْدُ على مَنْفَعَةٍ فى الذِّمَّةِ ، ففيه وَجْهان ؛ أحَدُهما ، يجوزُ ؛ لأنَّه عِوَضٌ فى الإجارَةِ ، فجاز تأْجِيلُه ، كما لو كان على عَيْنٍ . والثانى ، لا يجوزُ ؛ لأنَّه عَقْدٌ على ما فى الذِّمَّةِ ، فلم يَجُزْ تأْجِيلُ عِوَضِه ، كالسَّلَمِ .

فصل : ويجوزُ أن يَسْتَأْجِرَ الأجِيرَ بطَعامِه وكِسْوَتِه ، سَواءٌ جَعَلَ ذلك جميعَ الأُجْرَةِ أو بعضَها ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ قال : « رَحِمَ اللَّهُ أَخِى مُوسَى ، أَجَرَ نَفْسَه ثَمَانِىَ سِنِينَ ، عَلَى طَعَامِ بَطْنِه وعِفَّةِ فَرْجِه » . روَاه ابنُ ماجه[1] . ولأنَّ العادَةَ جارِيَةٌ به مِن غيرِ نَكِيرٍ ، فأشْبَهَ الإجْمَاعَ . فإن قَدَّر الطَّعامَ والكِسْوَةَ ، فحَسَنٌ ، وإن أطْلَق ، جازَ . ويرْجِعُ فى القُوتِ إلى الإطْعامِ فى الكَفَّارَةِ ، وفى المَلْبُوسِ إلى أقَلِّ مَلْبُوسِ مِثْلِه ، ولأنَّ لذلك عُرْفًا فى الشَّرْعِ ، فحُمِلَ الإطْلَاقُ [١٩٨و] عليه .

فصل : وإذا اسْتَوْفَى المَنْفعَةَ ، اسْتَقَرَّتِ الأُجْرةُ ؛ لأنَّه قَبَض المَعْقُودَ عليه ، فاسْتَقَرَّ بدَلُه ، كما لو قَبَض المَبِيعَ . وإن سَلَّم إليه العَيْنَ مُدَّةً يُمْكِنُ فيها الاسْتِيفَاءُ ، اسْتَقَرَّتِ الأُجْرَةُ[2] ؛ لأنَّ المَعْقُودَ عليه تَلِف تحتَ يَدِه ، فأشْبَهَ تَلَفَ المَبِيعِ تحتَ يَدِه ، وإن عَرَض عليه العَيْنَ ، ومضَتْ مُدَّةٌ يُمْكِنُ الاسْتِيفاءُ فيها ، اسْتَقَرَّتِ الأُجْرَةُ ؛ لأنَّ المَنافِعَ تَلِفَتْ باخْتِيارِه ، فأَشْبَهَ تلَفَ المَبِيعِ بعدَ عَرْضِه على المُشْتَرِى . وإن كان العَقْدُ على عَملٍ فى الذِّمَّةِ ، لم تَسْتَقِرَّ الأُجْرَةُ إلَّا باسْتِيفاءِ العَمَلِ ؛ لأنَّه عَقْدٌ على ما فى الذِّمَّةِ ، فلم يَسْتَقِرَّ

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٨٩.

(٢) بعده فى م : « عليه » .

عِوَضُه ببَذْلِ التَّسْليمِ، (١كالمُسْلَمِ فيه١). وإن كانَ العَقْدُ فاسِدًا، لم يَسْتَقِرَّ ببَذْلِ التَّسْلِيمِ، كما لا يَسْتَقِرُّ ببَذْلِ المَبِيعِ، ويجِبُ باسْتِيفَائِها؛ لأنَّه اسْتَوْفَاها بشُبْهَةِ عَقْدٍ. وإن قَبَض العَيْنَ ومضَتْ مُدَّةٌ يُمْكِنُ اسْتِيفاءُ المَنْفعَةِ فيها، ففيه رِوايَتان؛ إحْداهما، لا يجِبُ شيءٌ؛ لأنَّه عَقْدٌ فاسِدٌ على مَنْفَعَةٍ لم يَسْتَوْفِها، فلم يجِبِ العِوَضُ، كالنِّكاحِ. والثانيةُ، يجِبُ أجْرُ المِثْلِ؛ لأنَّ البَيْعَ الفاسِدَ كالصَّحيحِ فى اسْتِقْرارِ البَدَلِ، فكذلك الإجارَةُ.

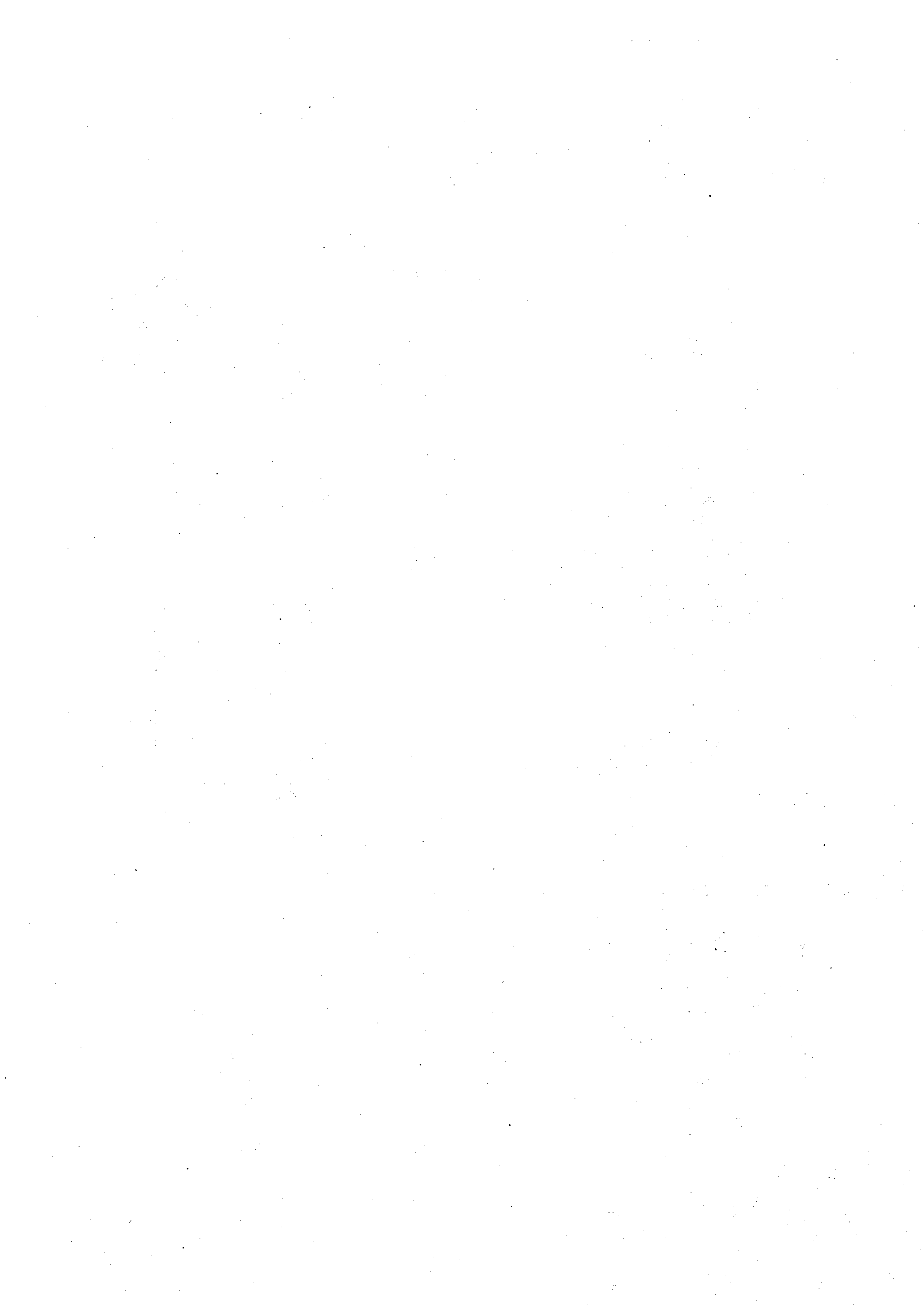
فصل: يجوزُ أن يَكْتَرِىَ الرَّجُلانِ ظَهْرًا يتَعاقَبانِ عليه، وأن يَكْتَرِىَ الرَّجُلُ عُقْبَةً؛ يَرْكَبُ فى بَعْضِ الطَّريقِ، إذا كان ذلك[٢] مَعْلُومًا؛ لأنَّه يجوزُ العَقْدُ على جَمِيعِه، فجاز على بعْضِه، كالزَّمَانِ، فإن كانَ فى طرِيقٍ فيه عادَةٌ (٣فى الرُّكُوبِ٣) والنُّزولِ، جاز العَقْدُ مُطْلَقًا، وحُمِل على العادَةِ، كالنَّقْدِ فى البَيْعِ، وإن لم يكنْ فيه عادَةٌ، اشْتُرِط بَيانُ ما يَرْكَبُ؛ لأنَّه غيرُ مَعْلُومٍ، فوَجَب بَيانُه، كالثَّمَنِ. وإنِ اخْتلَفا فى البادِئ منهما، أُقْرِع بَيْنَهما؛ لأنَّهما تَساوَيا فى المِلْكِ، فقُدِّمَ أحدُهما بالقُرْعَةِ، كما فى القِسْمَةِ.

فصل: إذا دَخَل حَمَّامًا، أو قَعَد مع مَلَّاحٍ فى سَفِينَةٍ، فعليه أَجْرُهما وإنْ لم يَعْقِدَا معه إجارَةً؛ لأنَّ العُرْفَ جَارٍ بذلكَ، فجَرَى مَجْرَى الشَّرْطِ، كنَقْدِ البَلَدِ. وكذلك إن دفَعَ ثَوْبَه إلى خَيَّاطٍ أو قصَّارٍ مُنْتَصِبَيْنِ لذلك، أو

(١ - ١) فى م: «كالسلم».
(٢) سقط من: الأصل.
(٣ - ٣) فى س ٢: «للركوب».

مُنادٍ ، أو رجلٍ مَعْرُوفٍ بالبيعِ بالأَجْرِ ليَبِيعَه ، فلهم أجْرُ أمْثالِهم ؛ لذلك .
وإن دَفَع كِتابًا إلى رجلٍ ليَحْمِلَه إلى صاحِبٍ له بأَجْرٍ ، فحمَلَه فوَجَد صاحِبَه غائبًا ، فله الأَجْرُ للذَّهَابِ ؛ لأَنَّه فَعَل ما اسْتَأْجَره عليه ، وللرَّدِّ ؛ لأَنَّه بإذْنِه تَقْدِيرًا ، إذْ ليس سِوَى رَدِّه إلَّا تَضْيِيعُه ، وقد عَلِمَ أنَّه لا يَرْضَى تَضْيِيعَه ، فتعَيَّنَ رَدُّه .

فصل : إذا أجَرَه مُدَّةً تَلِى العَقْدَ ، لم يَجُزْ شَرْطُ الخِيَارِ ؛ لأنَّه يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ فيها أو فى بَعْضِها ، فيَنْقُصُ عمَّا شَرَطاه . وفى خِيَارِ [١٩٨ظ] المجْلِسِ وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، لا يَثْبُتُ ؛ لذلك . والثانى ، يَثْبُتُ ؛ لأنَّه يَسِيرٌ . وإنْ كانتْ لا تَلِى العَقْدَ ، ثَبَت فيها الخِيَارانِ ؛ لأنَّها بَيْعٌ ، ولا مانِعَ مِن ثُبوتِه فيها . وكذلك إن كانَتْ على عَمَلٍ فى الذِّمَّةِ ، أو على مَنْفَعَةِ عَيْنٍ فى الذِّمَّةِ ، ثَبَتَا فيها ؛ لذلك .



بَابُ ما يَجوزُ فَسْخَ الإجارَةِ وما يُوجِبُه

وهى عَقْدٌ لازِمٌ ليس لواحدٍ منهما فَسْخُها؛ لأنَّها بَيْعٌ، فأَشْبَهَتْ بُيوعَ الأعْيانِ، إلَّا أن يجِدَ العَيْنَ مَعيبَةً، فيَمْلِكَ الفَسْخَ [(١] به، وله الفَسْخُ [١)] بما يَحْدُثُ مِن العَيْبِ؛ لأنَّ المنافِعَ لا يَحْصُلُ قَبْضُها إلَّا بالاسْتِيفَاءِ، فهى كالمَكِيلِ يَتعَيَّبُ قبلَ قَبْضِه. فإن بادَر المُكْرِى[(٢)] إلى إزالَةِ العَيْبِ مِن غيرِ ضَرَرٍ يلْحَقُ المُسْتأْجِرَ، كدارٍ تشَعَّثَتْ فأَصْلَحَها، فلا خِيارَ للمُسْتأْجِرِ[(٣)]؛ لعدَمِ الضَّرَرِ، وإلَّا فله الفَسْخُ، وإنْ سَكَنَها مع عَيْبِها، فعليه[(٤)] الأَجْرُ، عَلِم أو لم يعْلَمْ؛ لأنَّه اسْتَوْفَى جميعَ المَعْقُودِ عليه مَعِيبًا مع عِلْمِه به، فلَزِمَه البَدَلُ، كالمَبِيعِ المَعِيبِ إذا رَضِيَه. وإن كان العَقْدُ على مَوْصُوفٍ فى الذِّمَّةِ، فرُدَّ بعَيْبٍ، لم يَنْفَسِخِ العَقْدُ، ويُطالِبُ ببَدَلِه، فإنْ تعَذَّرَ بدَلُه، فله الفَسْخُ؛ لتعَذُّرِ المَعْقُودِ عليه، كما لو وجَدَ بالسَّلَمِ عَيْبًا فرَدَّه.

والعَيْبُ ما تَنْقُصُ به المَنْفَعَةُ؛ كانْهِدَامِ حائطِ الدارِ، وتَعَيُّبِه، وانْقِطَاعِ ماءِ بِئْرِها أو تَغَيُّرِه، وانْقِطاعِ ماءِ الأَرْضِ أو نَقْصِه، وتَعَثُّرِ[(٥)] الظَّهْرِ فى

(١ - ١) سقط من: م.
(٢) فى الأصل، م: «المكترى».
(٣) فى الأصل: «له».
(٤) فى الأصل: «فله».
(٥) فى م: «تغير».

المَشْيِ، وعَرَجِه الفاحِشِ، ورَبْضِه[1]، وكَوْنِه عَضُوضًا أو جَمُوحًا، وضَعْفِ بصَرِ الأَجِيرِ فى الخِدْمَةِ ومَرَضِه. فأمَّا كونُ الظَّهْرِ[2] خَشِنَ المَشْيِ، فليس بعَيْبٍ؛ لأنَّ المَنْفعَةَ فيه كامِلَةٌ. وإنِ اخْتَلَفَا فى العيبِ[3]، رُجِعَ فيه إلى أهْلِ الخِبْرَةِ.

فصل: وإنْ تَلِفَتِ العَيْنُ فى يَدِه، انْفَسَخَتِ الإجارَةُ، كما لو تَلِف المَكِيلُ قبلَ قَبْضِه، وإنْ تَلِفَتْ قبلَ مُضِيِّ شيءٍ مِن المُدَّةِ، فلا أُجْرَةَ عليه؛ لأنَّه لم يَقْبِضْ شيئًا مِن المعْقُودِ عليه. وإن تَلِفَتْ بعدَ مُضِيِّ شيءٍ منها، فعليه [4]مِن الأُجْرةِ[4] بقَدْرِ ما[5] اسْتَوْفَى، ويَسْقُطُ بقَدْرِ ما بَقِيَ، فإن [6]كان أجْرُها[6] فى بَعْضِ المُدَّةِ أكْثَرَ، قُسِمَتْ على القِيمَةِ، وإن كانَتِ الإجارَةُ على مَوْصُوفٍ فى الذِّمَّةِ، لم تَنْفَسِخْ بالتَّلَفِ، وله البَدَلُ، كما لو تعَيَّبَ.

فصل: إذا اكْتَرَى أرْضًا للزَّرْعِ، فانْقَطَع ماؤها، أو دارًا فانْهَدَمَت، انْفَسخ العَقْدُ فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ لأنَّ المَنْفعةَ المَقْصُودَةَ منها تعذَّرَتْ، فأشْبَهَ تَلفَ العَبْدِ. والآخَرُ، لا ينْفَسِخُ؛ لأنَّه يُمْكِنُ الانْتِفاعُ بها بالسُّكْنَى[7] فى خَيْمَةٍ، أو يَجْمَعُ فيها حَطَبًا [١٩٩و] أو مَتاعًا، لكنْ له الفَسْخُ؛ لأنَّها تعَيَّبَتْ.

---

(١) ربضت الدابة ربضا من باب ضرب، وربوضا، وهو مثل البروك للإبل.

(٢) فى الأصل: «الأجير لظهر».

(٣) فى س ٢: «البيع».

(٤ - ٤) فى م: «الأجر».

(٥) بعده فى ف: «بقى».

(٦ - ٦) فى الأصل، س ٢: «كانت أجرتها».

(٧) فى م: «كالسكنى».

وإن ماتَتِ المُرْضِعَةُ ، انفَسَخَتِ الإجارَةُ . وعن أبي بكرٍ ، لا تَنْفَسِخُ ، وتجِبُ في مالِها أُجْرةُ رَضَاعِه . والمَذْهَبُ الأوَّلُ ؛ لأنَّ المعْقُودَ عليه تَلِف ، فأَشْبَهَ تَلَفَ عَبْدِ الخِدْمَةِ . وإن ماتَ المُرْتَضِعُ ، انْفَسَخَ العَقْدُ ؛ لأنَّه تعَذَّرَ اسْتِيفَاءُ المعْقُودِ عليه ؛ لأنَّ غيرَه لا يقُومُ مَقامَه ، لاخْتِلَافِهم في الرَّضَاعِ ، ولذلك وجَبَ تَعْيِينُه . ولو اسْتَأْجَرَ رَجُلًا ليَقْلَعَ ضِرْسَه ، فبَرَأَ ، أو ليَكْحَلَ عَيْنَه ، فبرَأَتْ ، أو ليَقْتَصَّ له ، فماتَ المُقْتَصُّ منه ، أو عُفِيَ عنه ، [1]انْفَسَخ العَقْدُ[1] ؛ لأنَّه تعَذَّرَ اسْتِيفَاءُ المعْقُودِ عليه ، فانْفَسَخَ ، كما لو تعَذَّر بالموتِ . وإنِ اسْتَأْجَر للحَجِّ فماتَ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، تَنْفَسِخُ الإجارَةُ ؛ لأنَّه تعَذَّر الاسْتِيفَاءُ بمَوْتِه ، أشْبَهَ مَوْتَ المُرْتَضِعِ . والثاني ، لا تَنْفَسِخُ ، ويقُومُ وارِثُه مَقامَه ، كما لو كان المُسْتَأْجِرُ دارًا ، وإن لم يَمُتْ لكنْ تَلِف مالُه ، لم تَنْفَسِخِ الإجارَةُ ؛ لأنَّ المعْقُودَ عليه سَلِيمٌ .

فصل : فإن غُصِبَتِ العَيْنُ المُسْتَأْجَرَةُ ، فللمُسْتَأْجِرِ الفَسْخُ ؛ لأنَّ فيه تأْخِيرَ حقِّه ، فإن فَسَخ ، فالحُكْمُ فيه كالفَسْخِ بتَلَفِ العَيْنِ ، وإنْ لم يَفْسَخْ[2] حتى انْقَضَتِ المُدَّةُ ، خُيِّرَ بينَ الفَسْخِ والرُّجوعِ على المُؤْجِرِ بالمُسَمَّى ، ويَرْجِعُ المُؤْجِرُ على الغاصِبِ بأَجْرِ المِثْلِ ، وبينَ إمْضاءِ العَقْدِ ومُطالَبَةِ الغاصِبِ بأجْرِ المِثْلِ ؛ لأنَّ المنافِعَ تَلِفَتْ في يَدِ الغاصِبِ ، فأَشْبَهَ ما لو أتْلَف المَبِيعَ أجْنَبِيٌّ ، وإن كانَ العَقْدُ على مَوْصُوفٍ في الذِّمَّةِ ، طُولِبَ المُؤْجِرُ بإقامَةِ عَيْنٍ مُقامَها ، فإن تعَذَّر ، فله الفَسْخُ ؛ لأنَّ فيه تأْخِيرَ حقِّه .

(١ - ١) في الأصل : « انفسخت الإجارة » .

(٢) في م : « ينفسخ » .

فصل : فإنْ أجَرَ نفْسَه ثم هَرَبَ ، أو أَكْرَى[(١)] عَيْنًا ثم هَرَب بها ، فللمُسْتَأْجِرِ الخِيارُ بينَ الصَّبْرِ والفَسْخِ ؛ لأنَّ فيه تأْخيرَ حقِّه ، فأَشْبَهَ ما لو اشْتَرَى مَكِيلًا فمنَعَه قَبْضَه ، وإن كانتِ الإجارَةُ على مَوصُوفٍ في الذِّمَّةِ ، اسْتُؤْجِرَ مِن مالِه مَن يعْمَلُه ، كما لو هَرَبَ قبلَ تَسْليمِ المُسْلَمِ فيه ، فإنْ لم يُمْكِنْ[(٢)] ، فللمُسْتَأْجِرِ الخِيارُ بينَ[(٣)] الفَسْخِ والصَّبْرِ إلى أن يَقْدِرَ عليه فيُطالِبَه بالعَملِ ، كما لو تعَذَّرَ تَسْليمُ المُسْلَمِ فيه . وإن كانَتِ الإجارَةُ على مُدَّةٍ انْقَضَتْ في هَرَبِه ، بطَلَتِ الإجارَةُ ؛ لأَنَّه أَتْلَفَ المعْقُودَ عليه ، فأَشْبَهَ ما لو باعَه مَكِيلًا ، فأَتْلَفه قبلَ تَسْليمِه .

فصل : وإن أجَرَ عَبْدَه ، ثم أعْتَقَه ، لم تَنْفَسِخِ الإجارَةُ ؛ لأَنَّه عَقْدٌ على المَنْفعَةِ ، فلم يَنْفَسِخْ بالعِتْقِ ، كالنِّكاحِ . ولا يَرْجِعُ العَبْدُ بشيءٍ ؛ لأنَّ منْفَعَتَه اسْتُحِقَّتْ بالعَقْدِ قبلَ العِتْقِ ، فلم يَرْجِعْ ببَدَلِه[(٤)] ، كما لو زَوَّج أَمَتَه ثم أعْتَقَها ، ونفَقَتُه على[(٥)] سَيِّدِه ؛ لأَنَّه يَمْلِكُ بدَلَ[(٦)] مَنْفَعَتِه ، فهو كالباقي على مِلْكِه .

فصل : وإن أَجَر عَيْنًا ثم باعَها ، صحَّ البيعُ ؛ لأَنَّه عَقْدٌ على المَنْفَعَةِ ، فلم يَمْنَعِ البيعَ ، كالنِّكاحِ ، ولا تَبْطُلُ الإجارَةُ ؛ قِياسًا على النِّكاحِ . وإن

---

(١) في م : « اكترى » .

(٢) في ف ، م : « يكن » .

(٣) بعده في م : « الصبر و » .

(٤) في س ٢ : « ببذله » .

(٥) في م : « من » .

(٦) في س ٢ : « بذل » .

باعَها مِن المُسْتأْجِرِ، صَحَّ؛ لذلك. وفى الإجارَةِ وَجْهان؛ أحدُهما، تَبْطُلُ؛ لأَنَّها عَقْدٌ على المَنْفَعةِ، فأَبْطَلَها مِلْكُ الرَّقَبَةِ، كالنِّكاحِ. فعلى هذا، يَسْقُطُ مِن الأُجْرَةِ بقَدْرِ ما بَقِىَ (١ مِن المُدَّةِ ١). والثانى، [١٩٩ظ] لا تَبْطُلُ؛ لأنَّه عَقْدٌ على الثَّمَرَةِ، فلم تَبْطُلْ بمِلْكِ الأَصْلِ، كما لو اشْتَرَى ثَمرَةَ شجَرَةٍ، ثم مَلَكَ أصْلَها. ومتى وَجَد المُسْتَأْجِرُ عَيْبًا ففَسَخ به، رَجَع على المُؤْجِرِ؛ لأنَّ عِوَضَ الإجارَةِ له، فالرُّجُوعُ عليه، وإن كان المُسْتَأْجِرُ هو المُشْتَرِىَ، فكذلك، إن قُلْنا: لا تَنْفَسِخُ الإجارَةُ. وإن قُلْنا: تَنْفَسِخُ. لم يَرْجِعْ على أحَدٍ.

فصل: ولا تَنْفَسِخُ الإجارَةُ بمَوْتِ المُتَكارِيَيْنِ، ولا مَوْتِ أحَدِهما؛ لأنَّه عَقْدٌ لازِمٌ، فلا يَبْطُلُ بمَوْتِ المُتَعاقِدَيْنِ مع سَلامَةِ المَعْقُودِ عليه، كالبيعِ. وإن أَجَر عَيْنًا مَوْقُوفَةً عليه، ثم مات، ففيه وَجْهانِ؛ أحدُهما، لا تَبْطُلُ؛ لأَنَّه أجَر ما له إجارَتُه(٢)، فلم تَبْطُلْ بمَوْتِه، كما لو أجَر مِلْكَه، ولكنْ يَرْجِعُ البَطْنُ الثانِى فى تَرِكَةِ المُؤْجِرِ بأُجْرَةِ المُدَّةِ الباقِيَةِ، إن كان قبَضَها؛ لأَنَّ المنافِعَ لهم، فاسْتَحقُّوا أجْرَها. والثانى، تَبْطُلُ فيما بَقِىَ مِن المُدَّةِ؛ لأَنَّنا تَبيَّنَّا (٣ أنَّه أجَرَ ٣) مِلْكَه ومِلْكَ غيرِه، فإنَّ المنافِعَ بعدَ مَوْتِه لغيرِه، بخِلافِ المالِكِ، فإنَّ ورَثَتَه إنَّما يَمْلِكُونَ ما خَلَّفَه، وما خرَجَ عن مِلْكِه بالإجارَةِ فى حَياتِه غيرُ مُخَلَّفٍ، فلم يَمْلِكُوه، والأمْرُ إلى مَن انْتَقلَ إليه

(١ - ١) فى الأصل: «فى الذمة».

(٢) فى الأصل: «إجارة»، وبعده فى م: «شرعًا».

(٣ - ٣) فى الأصل: «أخر».

الوَقْفُ فى إجارَتِه أو تَرْكِه . فعلى هذا ، يَرْجِعُ المُسْتَأْجِرُ على المُؤْجِرِ بأَجْرِ بَقِيَّةِ المُدَّةِ . وإن أَجَر الوَلِىُّ الصبىَّ ، أو[1] مَالَه مُدَّةً ، فبَلَغَ فى أثْنائِها ، ففيه وَجْهَانِ أيضًا كهذيْنِ .

(١) فى م : « و » .

بابُ ما يلْزَمُ المُتكارِيَيْـنِ ومَا لَهما فِعْلُه

يجِبُ على المُكْرِى ما يَحتاجُ إليه للتَّمْكِينِ[1] مِن الانْتِفَاعِ ؛ كمِفْتَاحِ الدَّارِ ، وزِمَامِ الجَمَلِ ، والقَتَبِ[2] ، والحزَامِ ، ولجامِ الفَرَسِ وسَرْجِه ؛ لأَنَّ عليه التَّمْكِينَ مِن الانْتِفاعِ ، ولا يَحْصُلُ إلَّا بذلك ، وما تَلِف مِن ذلك فى يَدِ المُكْتَرِى ، لم يضْمَنْه ، كما لا يَضْمَنُ العَيْنَ ، وعلى المُكْرِى بدَلُه[3] ؛ لأَنَّ التَّمْكِينَ مُسْتَحَقٌّ عليه إلى أن يَسْتَوْفِىَ المُكْتَرِى المَنْفعَةَ . فأَمَّا ما يَحْتاجُ إليه لكَمالِ الانْتِفاعِ ؛ كالحَبْلِ ، والدَّلْوِ ، والمَحْمِلِ ، والغِطاءِ ، والحَبْلِ الذى يَقْرِنُ به بينَ المَحْمِلَيْنِ ، فهو على المُكْتَرِى ؛ لأَنَّ ذلك يُرادُ لكَمالِ الانْتِفاعِ ، فأَشْبَهَ بُسُطَ الدَّارِ .

فصل : وعلى المُكْرِى رَفْعُ المَحْمِلِ وحَطُّه ، ورَفْعُ الأَحْمالِ ، وسَوْقُ الظَّهْرِ وقَوْدُه ؛ لأَنَّ ذلك العادَةُ ، فحُمِلَ العَقْدُ عليه ، وعليه أن يُنْزِلَ الرَّاكِبَ للطَّهارَةِ وصَلاةِ الفَرْضِ ؛ لأَنَّه لايُمْكِنُ فِعْلُه راكِبًا ، وليس ذلك عليه للأَكْلِ والنَّفْلِ ؛ لأَنَّه مُمْكِنٌ على الظَّهْرِ ، وعليه أن يُبْرِكَ الجَمَلَ للمرأةِ والمَرِيضِ والضَّعِيفِ . وإن كانتِ الإجارَةُ على تَسْلِيمِ الظَّهْرِ ، لم يكنْ عليه شىءٌ مِن

---

(١) فى م : « من التمكين » .

(٢) القتب : الرحل الصغير على قدر سنام البعير .

(٣) فى س ٢ : « بذله » .

ذلك . فأمَّا أُجْرَةُ الدَّليلِ ، فإن كانَتِ الإجارَةُ على تَحْصِيلِ الرَّاكِبِ[1] في البَلَدِ ، فعلى[2] المُكْرِى ؛ لأنَّه مِن مُؤْنَةِ التَّحْصِيلِ ، وإن كانَتْ على تَسْلِيمِ الظَّهْرِ ، أو على مُدَّةٍ ، فهو على المُكْتَرِى ؛ لأَنَّ الذى على المُكْرِى تَسْلِيمُ الظَّهْرِ وقد فَعَل .

وعلى المُكْرِى تَسْليمُ الدَّارِ فارِغَةَ [٢٠٠و] الحَشِّ[3] والبَالُوعَةِ ؛ لأنَّه مِن التَّمْكِينِ[4] ، فإنِ امْتَلأَ فى يَدِ المُكْتَرِى ، فعليه كَسْحُه ؛ لأنَّه ملأه ، فكان عليه إزالَتُه ، كتَنْظِيفِ الدَّارِ . وعلى المُكْرِى إصْلاحُ ما انْهَدَم مِن الدَّارِ ، وتَكَسَّر مِن الخَشَبِ ؛ لأنَّه مِن التَّمْكِينِ .

وإذا اسْتَأْجَر ظِئْرًا للرَّضَاعِ وشَرَط الحضانةَ ، وهى خِدْمَةُ الصبىِّ وغَسْلُ خِرَقِه ، لَزِمَها ، وإن لم يَشْتَرِطْه عليها ، لم يَلْزَمْها إلَّا الرَّضَاعُ ؛ لأنَّهما مَنْفَعَتانِ مقْصُودَتانِ تَنْفَرِدُ إحْداهما عن الأُخْرَى ، فلم تَلْزَمْ إحْداهما بالعَقْدِ على الأُخْرَى . وعليها أن تأْكُلَ وتَشْرَبَ ما يَدِرُّ به اللَّبَنُ ويَصْلُحُ به ، وللمُكْتَرِى مُطَالبَتُها به ؛ لأنَّه مِن التَّمْكِينِ ، ويَضُرُّ الصَّبِىَّ تَرْكُه .

فصل : وعلى المُكْرِى عَلَفُ الظَّهْرِ وسَقْيُه ؛ لأنَّه مِن التَّمْكِينِ ، فإن

---

(١) بعده فى س ٢ : « وصلاة الفرض » .

(٢) فى الأصل : « فهو على » .

(٣) الحش : البستان ، والفتح أكثر من الضم ، وقال أبو حاتم : يقال لبستان النخل : حش ، والجمعُ حُشّان وحِشّان . فقولهم : بيت الحش . مجاز ؛ لأن العرب كانوا يقضون حوائجهم فى البساتين ، فلما اتخذوا الكنف وجعلوها خلفا عنها ، أطلقوا عليها ذلك الاسم . المصباح المنير (ح ش ش) .

(٤) فى م : « التمكن » .

هَرَب وترَكَ جِمالَه ، رُفِع الأمْرُ إلى الحاكمِ ليَحْكُمَ فى مالِ الجَمَّالِ بالعَلَفِ ، فإن لم يَجِدْ له مالًا ، اقْتَرض عليه ، فإنِ اقْتَرض مِن المُكْتَرِى ، أو أَذِن له فى الإنْفاقِ عليها قَرْضًا ، جازَ ؛ لأنَّه مَوْضِعُ حاجَةٍ . وإن كان فى الجِمالِ فَضْلٌ عن المُكْتَرِى ، باعَه وأنْفَق منه ، فإذا رجَعَ الجَمَّالُ و[1] اخْتلَفَا فى النَّفَقَةِ ، فالقَوْلُ قولُ المُنْفِقِ ؛ لأنَّه أمِينٌ ، إذا كانَتْ دَعْوَاه لقَدْرِ النَّفقَةِ بالمَعْرُوفِ ، وما زادَ لا يَرْجِعُ به ؛ لأنَّه مُتَطَوِّعٌ ، فإن أنْفَقَ [2]مِن غيرِ[2] إذْنِ الحاكمِ مع إمْكانِه ، وأشْهَدَ على ذلك ، فهل يَرْجِعُ به ؟ على وَجْهَيْنِ ؛ بِناءً على مَن ضُمِنَ دَيْنُه بغيرِ إذْنِه . وإن لم يجِدْ مَن يُشْهِدُه فأَنْفَقَ ، ففى الرُّجُوعِ وَجْهان ؛ أصحُّهما ، يَرْجِعُ به ؛ لأنَّه مَوْضِعُ ضَرُورَةٍ ، فأَشْبَهَ ما يُنْفِقُ[3] على الآبِقِ فى رَدِّه ، وإذا وصَل دَفَع الجِمَالَ إلى الحاكمِ ليُوَفِّىَ المُنْفِقَ نفَقَتَه منها ، ويَفْعَلُ فى سائرِها ما يَرَى الحَظَّ فيه لصاحِبِها ؛ مِن بَيْعِها وحِفْظِ ثَمَنِها ، أو بَيْعِ بَعْضِها وإنْفَاقِه على باقِيها .

فصل : وليس على المُكْتَرِى مُؤْنَةُ رَدِّ العَيْنِ ؛ لأنَّها أمانَةٌ ، فلم يَلْزَمْه مُؤْنَةُ رَدِّها ، كالوَدِيعَةِ . ويَحْتَمِلُ أن يلْزَمَه ؛ لأنَّه غيرُ مَأْذُونٍ له فى إمْسَاكِها بعدَ انْقِضاءِ مُدَّتِها ، فلَزِمَه مُؤْنَةُ رَدِّها ، كالعارِيَّةِ .

فصل : وللمُكْتَرِى اسْتِيفَاءُ المَنْفَعَةِ بالمَعْرُوفِ ؛ لأنَّ إطْلاقَ العَقْدِ يَقْتَضِى المُتعارَفَ ، فصارَ كالمَشْرُوطِ ، فإذا اسْتَأْجَر دارًا للسُّكْنَى ، فله وَضْعُ مَتاعِه

---

(١) فى م : « أو » .

(٢ - ٢) فى ف : « بغير » .

(٣) فى م : « لو أنفق » .

فيها ؛ لأنَّه مُتعارَفٌ فى السُّكْنَى ، ويَتْرُكُ فيها مِن الطَّعامِ ما جَرَتْ عادَةُ السَّاكِنِ به ؛ لذلكَ ، وليس له جَعْلُها مَخزِنًا للطَّعامِ ؛ لأنَّه غيرُ مُتعارَفٍ ، وفيه ضَرَرٌ ؛ لأنَّ الفأْرَ تَنْقُبُ الحِيطَانَ للوُصُولِ إليه ، ولا يجوزُ أن يَرْبِطَ فيها الدَّوَابَّ ، ولا يَطْرَحَ فيها الرَّمادَ والتُّرَابَ ؛ لأنَّه غيرُ مُتعارَفٍ به ، وإنِ اكْتَرَى قَمِيصًا ليَلْبَسَه ، لم يكنْ له أن يَنامَ فيه ليْلًا ، وله ذلك نَهارًا ؛ لأَنَّ العادَةَ الخَلْعُ لنومِ الليلِ دُونَ النَّهارِ ، وليس له أن يَتَّزِرَ به ؛ لأنَّه يَعْتَمِدُ عليه أكْثَرَ مِن اللُّبْسِ ، وله أن يَرْتَدِىَ به فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّه أخفُّ . والآخَر ، ليس له ذلك ؛ لأنَّه غيرُ المُتعارَفِ فى لُبْسِ القَمِيصِ . وإنِ اكْتَرَى ظَهْرًا فى طَرِيقٍ العادَةُ السَّيْرُ فيه زَمَنًا دُونَ زَمَنٍ ، لم يَسِرْ [٢٠٠ظ] إلَّا فيه ؛ لأنَّه المُتعارَفُ ، وإنْ كانَتِ العادَةُ النُّزُولَ للرَّوَاحِ ، وكانَ رجلًا قَوِيًّا ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يلْزَمُه ذلك ؛ لأنَّه المُتعارَفُ . والثانى ، لا يلْزَمُه ؛ لأنَّه اكْتَرَى للرُّكوبِ فى جميعِ الطَّرِيقِ ، فلم يلْزَمْه تَرْكُه فى بَعْضِه . وإنِ اكْتَراه إلى مَكَّةَ ، لم يَجُزْ[1] أنْ يَحُجَّ عليه ؛ لأنَّه زِيادَةٌ ، وإنِ اكْتَراه ليَحُجَّ عليه ، فله الرُّكُوبُ إلى مِنًى ، ثم إلى عَرفَةَ ، ثم إلى مَكَّةَ . وهل له أن يَرْكَبَه عائدًا إلى مِنًى ؟ فيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا يجوزُ ؛ لأنَّه قد حَلَّ مِن الحَجِّ . والثانى ، له ذلك ؛ لأنَّه مِن تَمامِ الحَجِّ .

فصل : وله ضَرْبُ الظَّهْرِ ، وكَبْحُه باللِّجَامِ ، ورَكْضُه برِجْلِه للمَصْلَحَةِ[2] ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ ضرَبَ جَمَلَ جابِرٍ حينَ ساقَه[3] . ولأنَّه

---

(١) بعده فى ف : « له » .

(٢) سقط من : م .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٧، من حديث : اشترى من جابر بعيرا .

لا يُتَوَصَّلُ إلى اسْتِيفَاءِ المَنْفَعَةِ إلَّا به ، فملَكَه ، كرُكُوبِه . وإن شَرَط حَمْلَ أَرْطَالٍ مِن الزَّادِ ، فله إبْدَالُ ما يَأْكُلُ ؛ لأنَّ له غَرَضًا فى أن يشْتَرِىَ الزَّادَ مِن الطَّرِيقِ ، ليَخِفَّ[1] عليه حَمْلُه ، فمَلَكَ بدَلَه[2] ، كالذى يَشْرَبُ مِن الماءِ .

فصل : وله أن يَسْتَوْفِىَ النَّفْعَ المَعْقُودَ عليه[3] ومِثْلَه ودُونَه فى الضَّرَرِ ، ولا يَمْلِكُ فَوْقَه ، ولا ما يُخالِفُ ضَرَرُه ضَرَرَه[4] ؛ لأنَّه يأْخُذُ فَوْقَ حقِّه ، أو غيرَ حقِّه . فإنِ اكْتَرَى ظَهْرًا فى طَرِيقٍ ، فله رُكوبُه إلى ذلك البلَدِ فى مِثْلِه ودُونِه فى الخُشُونَةِ والمَسافَةِ والمَخَافَةِ ، ولا يرْكَبُه[5] فى أخْشَنَ منه ، ولا أبْعَدَ ، ولا أخْوَفَ . وإنِ اكْتَرَى أرْضًا للغَرْسِ[6] والبِنَاءِ ، فله زَرْعُها ؛ لأنَّه أقَلُّ ضَرَرًا . وإنِ اسْتَأْجَرَها لأحَدِهما لم يَمْلِكِ الآخَرَ ؛ لأنَّ ضرَرَ كُلٍّ واحِدٍ منهما يُخالِفُ ضرَرَ الآخَرِ ، وإنِ اسْتَأْجرها للزَّرْعِ ، لم يَغْرِسْ ، ولم يَبْنِ ؛ لأنَّهما أضَرُّ منه ، وإنِ اسْتَأْجَرها لزَرْعِ الحِنْطَةِ ، فله زَرْعُها ، وزَرْعُ ما ضَرَرُه كضَرَرِها أو أدْنَى ، كالشَّعِيرِ والبَاقِلَّا ، ولا يَمْلِكُ زَرْعَ الدُّخْنِ[7] والذُّرَةِ والقُطْنِ ؛ لأنَّ ضرَرَها أكْثَرُ . وإنِ اكْتَرَى ظَهْرًا ليَحْمِلَ عليه قُطْنًا ، لم يَجُزْ أن يحْمِلَ عليه حَدِيدًا ؛ لأنَّه أضَرُّ على الظَّهْرِ ؛ لاجْتِمَاعِه وثِقْلِه ، وإنِ اكْتَراه للحَدِيدِ ، لم يَحْمِلْ عليه قُطْنًا ؛ لأنَّه أضَرُّ ، لتَجافِيه وهُبُوبِ الرِّيحِ

---

(١) فى م : « ليخفف » .

(٢) فى س ٢ : « بذله » .

(٣) سقط من : م .

(٤) سقط من : الأصل ، م .

(٥) بعده فى الأصل : « إلا » .

(٦) فى م : « للغراس » .

(٧) الدخن : نبات عشبى حبه صغير كحب السمسم .

فيه ، وإنِ اكْتَرَاه لِيَرْكَبَه ، لم يَحْمِلْ عليه ؛ لأنَّ الرَّاكِبَ يُعِينُ الظَّهْرَ بحَرَكَتِه ، وإنِ اكْتَرَاه للحَمْلِ ، لم يَمْلِكْ رُكُوبَه ؛ لأنَّ الرَّاكِبَ يَقْعُدُ فى مَوْضِعٍ واحِدٍ ، والحِمْلُ يتفَرَّقُ على جَنْبَيْه ، وإنْ شرَطَ رُكُوبَه عُرْيًا[1] ، لم يَرْكَبْ بسَرْجٍ ؛ لأنَّه زِيادَةٌ ، وإن شَرَط رُكُوبَه بسَرْجٍ ، لم يَرْكَبْه عُرْيًا[2] ؛ لأنه يَضُرُّ بظَهْرِ الحيَوانِ .

والعارِيَّةُ كالإجارَةِ فى هذا ؛ لأنَّها تَمْلِيكٌ للمَنْفَعَةِ ، فأَشْبَهَتِ الإجارَةَ .

فصل : وله أن يَسْتَوْفِىَ المَنْفَعَةَ بنَفْسِه وبمِثْلِه ، فإنِ اكْتَرَى دارًا ، فله أن يُسْكِنَها مِثْلَه ، ومَن هو دُونَه فى الضَّرَرِ ، ولا يُسْكِنُها مَن هو أضَرُّ منه ، وإنِ اكْتَرَى ظَهْرًا يَرْكَبُه ، فله أن يُرْكِبَه مِثْلَه ، ومَن هو أخَفُّ منه ؛ لِما ذكَرْنا فى الفَصْلِ[3] قبلَه . فإن شَرَط أن لا يَسْتَوْفِىَ غيرَ المَنْفَعةِ بنَفْسِها ، ولا يَسْتَوْفِىَ مِثْلَها ، ولا دُونَها ، ولا يَسْتَوْفِيَها بمِثْلِه ، ولا بدُونِه ، صَحَّ الشَّرْطُ ؛ لأنَّه يُمَلِّكُه[4] المنافِعَ ، فلا يَمْلِكُ إلَّا ما مَلَّكَه . ويَحْتَمِلُ [٢٠١و] أن لا يصِحَّ ؛ لأنَّه يُنافِى مُوجَبَ[5] الإجارَةِ . ولا يَبْطُلُ العَقْدُ ؛ لأنَّ الشَّرْطَ لا يُؤَثِّرُ فى حقِّ المُؤْجِرِ ، فلَغَا ، وبَقِىَ العَقْدُ على مُقْتَضَاه .

فصل : وله أن يُؤْجِرَ العَيْنَ ؛ لأنَّ الإجارَةَ كالبيعِ ، وبَيْعُ المَبِيعِ جائزٌ ،

---

(١) فى الأصل ، م : « عريانا » .

(٢) فى م : « عريانا » .

(٣) بعده فى ف : « الذى » .

(٤) فى م : « يملك » .

(٥) فى م : « مقتضى » .

فكذلك إجارَةُ المُستَأْجَرِ، ويجوزُ أن يُؤْجِرَها للمُؤْجِرِ وغيرِه، كما يجوزُ بَيْعُ المَبِيعِ للبائعِ وغيرِه. فإن أجَرها قبلَ قَبْضِها، لم يَجُزْ. ذكَرَه القاضى؛ لأنَّها لم تَدْخُلْ فى ضَمانِه، فلم تَجُزْ إجارَتُها، كبَيْعِ الطَّعامِ قبلَ قَبْضِه. ويَحْتَمِلُ الجَوازَ[1]؛ لأنَّ المنافِعَ لا تَصِيرُ مَقْبُوضَةً بقَبْضِ العَيْنِ، فلم يُؤَثِّرْ قَبْضُ العَيْنِ فيها. ويَحْتَمِلُ أن تجوزَ إجارَتُها للمُؤْجِرِ؛ لأنَّها فى قَبْضِه، ولا تجوزُ مِن غيرِه؛ لعَدَمِ ذلك. وتجوزُ إجارَتُها بمِثْلِ الأُجْرَةِ وزِيادَةٍ، كالبيعِ برأْسِ المالِ وزِيادَةٍ. وعنه، إن أحْدَثَ فى العَيْنِ زِيادَةً، جازَتْ إجارَتُها بزِيادَةٍ، وإن لم يَفْعَلْ لم يُؤْجِرْها بزِيادَةٍ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ نَهَى عن رِبْحِ ما لم يضْمَنْ[2]. فإن فَعَل، تصَدَّق بالزِّيادَةِ. وعنه، يجوزُ بإذْنِ المالِكِ، ولا يجوزُ بغيرِ إذْنِه. والمَذْهَبُ الأَوَّلُ.

فصل: فإنِ اسْتَوْفَى أكْثَرَ مِن المَنْفَعَةِ بزِيادَةٍ مُتَمَيِّزَةٍ، مِثْلَ أنِ اكْتَرَى إلى مَكانٍ فجاوَزَه، أو ليَحْمِلَ قَفِيزًا فحَمَل اثْنَيْنِ، لَزِمه المُسَمَّى لِمَا عَقَد عليه، وأُجْرَةُ المِثْلِ للزِّيادَةِ؛ لأنَّه اسْتَوْفَى المَعْقُودَ عليه، فاسْتَقَرَّ المُسَمَّى، ولَزِمَتْه أُجْرَةُ الزِّيادَةِ، كما لو اشْتَرَى قَفِيزًا فقَبضَ اثْنَيْنِ. وإن كانتِ الزِّيادَةُ لا تتَمَيَّزُ، كرجلٍ اكْتَرَى أرْضًا ليَزْرَعَ حِنْطَةً فزَرَع دُخْنًا، فكذلك. قال أحمدُ: يُنْظَرُ ما يَدْخُلُ على الأَرْضِ مِن النُّقْصانِ ما بينَ الحِنْطَةِ والشَّعِيرِ، فيُعْطَى رَبَّ الأَرْضِ. فأَوْجَب المُسَمَّى وزِيادَةً؛ لأنَّه لمَّا عَيَّن الحِنْطَةَ، تعَلَّق العَقْدُ بما يُماثِلُه فى الضَّرَرِ، فصار مُسْتَوْفِيًا للمَعْقُودِ عليه وزِيادَةٍ، كالتى

---

(١) فى الأصل: «أن لا يجوز».

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٩، ٦٠ من حديث: «لا يحل بيع وسلف».

ا . وقال أبو بكرٍ : عليه أُجْرَةُ المِثْلِ للجميعِ ؛ لأنَّه عَدَلَ عن المَعْقُودِ عليه إلى غيرِه ، فلَزِمَتْه أُجْرَةُ المِثْلِ ، كما لو زَرَع غيرَ الأرْضِ ، ولرَبِّ الأرْضِ مَنْعُ المُسْتَأْجِرِ مِن زَرْعِ الأرْضِ ، فإن زَرَع ، فحُكْمُه فى ذلك حُكْمُ الغاصِبِ على ما سيَأْتِى .

فصل : فإنِ اكْتَرَى أرْضًا للزَّرْعِ مُدَّةً ، فليس له زَرْعُ[1] ما لا يُسْتَحْصَدُ فيها ؛ لأنَّ عليه تَسْلِيمَها فارِغَةً عندَ انْتِهائِها ، وهذا يَمْنَعُ ذلك ، وللمالِكِ مَنْعُه مِن زَرْعِه لذلك ، فإنْ زَرَع[2] ، لم يُجبَرْ على قَلْعِه فى المُدَّةِ ؛ لأنَّه مالِكٌ لمَنْفعَةِ الأرْضِ ، فإذا انْقَضَتْ ولم يُحْصَدْ ، خُيِّرَ المالِكُ بينَ أخْذِه ودَفْعِ نفَقَتِه ، وبينَ تَرْكِه بالأُجْرَةِ ؛ لأنَّه تعَدَّى بزَرْعِه ، فأَشْبَهَ الغاصِبَ . وإن كان بَقاؤُه بغيرِ تَفْرِيطٍ ؛ إمَّا لشِدَّةِ بَرْدٍ ، أو قِلَّةِ مَطَرٍ أو نحوِه ، فعلى المُؤْجِرِ تَرْكُه بالأُجْرَةِ ؛ لأنَّه زَرَعه بحَقٍّ ، فكان عليه المُسَمَّى للمُدَّةِ ، وأُجْرَةُ المِثْلِ للزائدِ لا غيرُ .

فصل : فإنِ اكْتَرَاها مُدَّةً ليَزْرَعَ فيها زَرْعًا لا يَكْمُلُ فيها ، وشَرَط قَلْعَه فى آخرِها ، صَحَّ العَقْدُ والشَّرْطُ ؛ لأنَّه قد يكونُ له غرَضٌ صحيحٌ فيه ، وإن شَرَط تَبْقِيَتَه حتى يَكْمُلَ ، فسَدَ العَقْدُ ؛ [٢٠١ظ] لجَهْلِ المُدَّةِ ، ولأنَّ شَرْطَ تَبْقِيَتِه يُنافِى تَقْدِيرَ[3] مُدَّتِه ، وللمُؤْجِرِ مَنْعُه مِن الزَّرْعِ ؛ لأنَّ العَقْدَ فاسِدٌ ، فإن زَرَعه ، لَزِمَ إبْقَاؤُه بشَرْطِه ؛ لأنَّه زَرَعَه بإذْنِ المالِكِ . وإن أَطْلَق العَقْدَ ،

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى م : « فعل » .

(٣) فى الأصل : « بعد » .

صَحَّ ؛ لأنَّ الانْتِفاعَ بالأرْضِ فى هذه المُدَّةِ مُمْكِنٌ ، فإذا انْقَضَتْ والزَّرْعُ باقٍ ، احْتَمَل أن يكونَ حُكْمُه حُكْمَ المُفَرِّطِ ؛ لزَرْعِه فى مُدَّةِ الإجارَةِ ما لَا يَكْمُلُ فيها ، واحْتَمَل أن يكونَ حُكْمُه حُكْمَ غيرِ المُفَرِّطِ ؛ لتَفْرِيطِ المُؤْجِرِ بإجارَةِ مُدَّةٍ لا يَكْمُلُ فيها .

فصل : وإنِ اسْتَأْجَرَها للغِرَاسِ مُدَّةً ، جاز ، وله الغَرْسُ فيها ، ولا يَغْرِسُ بعدَها ؛ لأنَّ العَقْدَ يَقْتَضِى التَّصَرُّفَ فى المُدَّةِ دُونَ ما بعدَها ، فإن غَرَس فانْقضَتِ المُدَّةُ ، وكان مَشْروطًا عليه القَلْعُ عندَ انْقِضَائِها ، أُخِذَ بما شرَطَه ، ولم يلْزَمْه تَسْوِيَةُ الحُفَرِ ؛ لأنَّه لمَّا شَرَط القَلْعَ مع عِلْمِه بأنَّه يَحْفِرُ الأرْضَ ، كانَ راضِيًا ، وإن لم يكنْ شَرَط القَلْعَ ، لم يجِبْ ؛ لأنَّ تَفْرِيغَ المُسْتَأْجِرِ على حسَبِ العادَةِ ، والعادَةُ تَرْكُ الغِرَاسِ حتى يَيْبَسَ ، وللمُسْتَأْجِرِ قَلْعُ غَرْسِه ؛ لأنَّه مِلْكُه ، فإن قَلَعه ، لَزِمه تَسْوِيَةُ الحُفَرِ ؛ لأنَّه حَفَرها لتَخْلِيصِ مِلْكِه مِن مِلْكِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، وإن لم يَقْلَعْه ، فللمُؤْجِرِ دَفْعُ قِيمَتِه ليَمْلِكَه ؛ لأنَّ الضَّرَرَ يزُولُ عنهما به ، أشْبَهَ الشَّفِيعَ فى غِرَاسِ المُشْتَرِى ، وإن أراد قَلْعَه ، وكان لا يَنْقُصُ بالقَلْعِ ، أو يَنْقُصُ لكِنَّه يَضْمَنُ أَرْشَ النَّقْصِ ، فله ذلك ؛ لأنَّ الضَّرَرَ يَزُولُ عنهما به ، وإنِ اخْتَار إقْرارَه بأُجْرَةِ مِثْلِه ، فله ذلك ؛ لأنَّ الضَّرَرَ يزُولُ عنهما به ، ولصاحِبِ الشَّجَرِ بَيْعُه للمالِكِ ولغيرِه ، فيكونُ بمَنْزِلَتِه ؛ لأنَّ مِلْكَه ثابتٌ عليه ، فأَشْبَهَ الشِّقْصَ المَشْفُوعَ . والبِناءُ كالغِراسِ (١ فى جميعِ ما ذكَرْنا ١) .

(١ - ١) سقط من : الأصل .



بَابُ تَضْمِينِ الأَجِيرِ واخْتِلافِ المُتكارِيَيْنِ

الأَجِيرُ على ضَرْبَيْـنِ ؛ خاصٌّ ومُشْتَرَكٌ ، فالخاصُّ هو الذى يُؤْجِرُ نَفْسَه مُدَّةً ، فلا ضَمانَ عليه فيما يَتْلَفُ فى يَدِه بغيرِ تَفْرِيطٍ ؛ مِثْلَ أن يأْمُرَه بالسَّقْيِ ، فَيَكْسِرَ الجَرَّةَ ، أو (1)بكَيلِ شىءٍ(1) ، فيَكْسِرَ الكَيْلَ ، أو بالحَرْثِ ، فيَكْسِرَ آلَتَه . نَصَّ عليه . أو بالرَّعْيِ ، فتَهْلِكَ الماشِيَةُ بغيرِ تَفْرِيطِه .

والمُشْتَرَكُ الذى يُؤْجِرُ نَفْسَه على عَمَلٍ ، فظاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ أَنَّه يضْمَنُ ما تَلِف بعَمَلِه . ونَصَّ عليه أحمدُ فى حائِكٍ دُفِعَ إليه غَزْلٌ ، فأَفْسَد حِيَاكَتَه : يَضْمَنُ . والقَصَّارُ ضامِنٌ لِمَا يتَخَرَّقُ مِن مَدِّه ودَقِّه[2] وعَصْرِه وبَسْطِه ، والطَّبَّاخُ ضامِنٌ لِما أفْسَد مِن طَبْخِه[3] ؛ لِما رَوَى خِلاسُ[4] بنُ عَمْرٍو أنَّ عَلِيًّا ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، كانَ يُضَمِّنُ الأَجِيرَ[5] . ولأنَّه قبَضَ العَيْنَ

---

(1) فى الأصل : « يأمره بالكيل » .

(2) فى س ٢ : « ودفعه » .

(3) فى س ٢، ف : « طبيخه » .

(4) فى م : « جلاس » .

وهو خلاس بن عمرو الهجرى البصرى ، تابعى ثقة ، توفى قبيل المائة . تهذيب التهذيب ٣/ ١٧٦ - ١٧٨.

(5) أخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى تضمين الأجراء ، من كتاب الإجارة . السنن الكبرى ٦/ ١٢٢. وقال : وأهل العلم بالحديث يضعفون أحاديث خلاس عن على .

لمَنْفَعَتِه[1] مِن غيرِ اسْتِحْقاقٍ ، فكانَ ضامِنًا لها ، كالمُسْتَعِيرِ . وقال القاضى وأصْحابُه : إن كانَ يعْمَلُ فى مِلْكِ المُسْتَأْجِرِ ، كخَيَّاطٍ أو خَبَّازٍ أخَذَه إلى دارِه ليَسْتَعْمِلَه فيها ، فلا ضَمانَ عليه ما لم يتَعَدَّ فيه ، مِثْلَ أنْ يُسْرِفَ فى الوَقُودِ ، أو يَلْزَقَه قبلَ وَقْتِه ، أو يَتْرُكَه بعدَ وَقْتِه ، فيَضْمَنَ ؛ لأنَّه أتْلَفَه [٢٠٢و] بعُدْوَانِه ، وما لا ، فلا ضَمانَ عليه ؛ لأنَّه سَلَّم نفْسَه إلى صاحِبِ العَمَلِ ، فأَشْبَهَ الخاصَّ . وإن كان العَملُ فى غيرِ مِلْكِ المُسْتَأْجِرِ ، ضَمِن ما جَنَتْ يَدُه ؛ لِمَا ذكَرْناه . ولا ضَمانَ عليه فيما تَلِفَ مِن حِرْزِه ؛ لأنَّها أمانَةٌ فى يَدِه ، فأَشْبَهَ المُودَعَ ، إن حبَسَها على أُجْرَتِها فتَلِفَتْ ، ضَمِنَها ؛ لأنَّه مُتَعَدٍّ بإمْسَاكِها ، إذ ليست رَهْنًا ولا عِوَضًا عن الأُجْرَةِ .

فصل : ولا ضَمانَ على المُسْتَأْجِرِ فى العَيْنِ المُسْتَأْجَرَةِ إنْ تَلِفَتْ بغيرِ تَفْرِيطٍ ؛ لأنَّه قَبَضَها ليَسْتَوفِىَ منها[2] ما ملَكَه فيها[3] ، فلم يَضْمَنْها ، كالزَّوْجَةِ ، والنَّخْلَةِ التى اشْتَراها ليَسْتَوْفِىَ ثَمرَتَها . وإن تَلِفَتْ بفِعْلِه بغيرِ عُدْوانٍ ، كضَرْبِ الدَّابَّةِ وكَبْحِها ، لم يَضْمَنْ ؛ لأنَّها تَلِفَتْ مِن فِعْلٍ مُسْتَحَقٍّ ، فلم يَضْمَنْها ، كما لو تَلِفَتْ[4] تحتَ الحَمْلِ ، وإن تَلِفَتْ بعُدْوَانٍ ، كضَرْبِها مِن غيرِ حاجَةٍ ، أو لإسْرَافِه فيه ، ضَمِنَ ؛ لأنَّه جِنايَةٌ على مالِ الغيرِ . وإنِ اكْتَرَى إلى مَكانٍ ، فتَجاوَزَه ، فهَلَكَ الظَّهْرُ ، ضَمِنَه ؛ لأنَّه

---

(١) فى م : « لمنفعة » .

(٢) سقط من : م .

(٣) سقط من : الأصل ، وفى س ٢، م : « منها » .

(٤) بعده فى س ٢: « بفعله » .

مُتَعَدٍّ ، أَشْبَهَ الغاصِبَ ، وإن هَلَكَ بعدَ نُزُولِه عنه ، وتَسْلِيمِه إلى صاحِبِه ، لم يَضْمَنْه ؛ لأنَّه بَرِئَ بتَسْلِيمِه إليه ، إلَّا أن يكونَ هَلَاكُه لتَعَبِ الحملِ ، فيَضْمَنه ؛ لأنَّه هَلَكَ بعُدْوَانِه . وإنْ حَمَلَ[(١)] عليه أكْثَرَ مِمَّا اسْتَأْجَرَه ، فتَلِف ، ضَمِنه ؛ لذلك . وإنِ اكْتَرَى دابَّةً ليَرْكَبَها ، فرَكِبَ[(٢)] معه آخَرُ بغيرِ[(٣)] إذْنٍ ، فتَلِفَتْ ، ضَمِنَها الآخَرُ كُلَّها ؛ لأنَّ عُدْوَانَه سببُ تَلَفِها ، فضَمِنَها ، كمَن أَلْقَى حَجَرًا فى سَفِينَةٍ مُوقَرَةٍ فغَرَّقَها . وإن تَلِفَتِ الدَّابَّةُ بعدَ عَوْدِها إلى المَسافَةِ ، ضَمِنَها ؛ لأنَّ يدَه صارت ضامِنَةً ، فلم يَسْقُطْ عنه ذلك إلَّا بإذْنٍ جَدِيدٍ ، ولم يُوجَدْ .

فصل : ولو قال لخَيَّاطٍ : إن كان هذا يَكْفِينِى قَمِيصًا فاقْطَعْه . فقَطَعه ، فلم يَكْفِه ، ضَمِنه ؛ لأنَّه إنَّما أَذِن له فى قَطْعِه بشَرْطِ الكِفايَةِ ، ولم يُوجَدْ . وإن قال : هو يَكْفِيكَ قَمِيصًا . فقالَ : اقْطَعْه . فقَطَعه ، فلم يَكْفِه ، لم يَضْمَنْه ؛ لأنَّه قَطَعه بإذْنٍ مُطْلَقٍ .

فصل : ومَن أجر عَيْنًا ، فامْتَنَع مِن تَسْلِيمِها ، فلا أُجْرَةَ له ؛ لأنَّه لم يُسَلِّمِ المَعْقُودَ عليه ، فلم يَسْتَحِقَّ عِوَضَه ، كالمَبِيعِ[(٤)] إذا لم يُسَلِّمْه . وإن سلَّمَه بعضَ المُدَّةِ ، ومنَعَه بَعْضًا ، فقال أصْحابُنا : لا أُجْرَةَ له ؛ لأنَّه لم يُسَلِّمْ ما تَناوَلَه العَقْدُ ، فأَشْبَهَ المُمْتَنِعَ[(٥)] مِن تَسْلِيمِ الجميعِ . ويَحْتَمِلُ أن يلْزَمَه

---

(١) فى الأصل : « عمل » .
(٢) فى الأصل : « فأركب » .
(٣) فى ف : « من غير » .
(٤) فى س ٢ : « كالبيع » .
(٥) فى س ١ : « المبيع » .

عِوَضُ ما اسْتَوْفَاه ، كما لو باعَه مَكِيلًا ، فسَلَّمَ إليه بعْضَه ومنَعَه مِن باقِيه . وإن أَجَر نَفْسَه على عَمَلٍ وامْتَنَع من تمامِه ، فكذلك ، وإن أَجَر عَبْدَه فهَرَب ، أو دابَّتَه فشَرَدَتْ ، فى بَعْضِ المُدَّةِ ، فله مِن الأُجْرَةِ بقَدْرِ ما اسْتَوْفَى مِن المُدَّةِ ؛ لأنَّ الامْتِناعَ بغيرِ فِعْلِه ، فأَشْبَهَ ما لو ماتَ . وإن تَلِف الثَّوْبُ فى يَدِ الصَّانِعِ بغيرِ تَفْرِيطِه ، فلا أُجْرَةَ له فيما عَمِل ؛ لأنَّه لم يُسَلِّمْه إلى المُسْتأْجِرِ ، فلم يَسْتَحِقَّ عِوَضَه ، وإن تَلِف بتَفْرِيطِه ، خُيِّرَ المالِكُ بينَ تَضْمِينِه إيَّاه مَعْمُولًا ويدْفَعُ إليه أُجْرَتَه ، وبينَ تَضْمِينِه إيَّاه غيرَ مَعْمُولٍ ولا أُجْرَةَ له . وإنِ اسْتَأْجَر الأَجِيرُ المُشْتَرَكُ أَجِيرًا خاصًّا ، فأَتْلَف الثَّوْبَ ، فلا ضَمانَ[2] على الخاصِّ ، ويَضْمَنُه المُشْتَرَكُ .

فصل : وإذا اخْتَلَف المُتَكارِيَانِ [3]فى قَدْرِ[3] الأُجْرَةِ ، أو المَنْفَعَةِ ، تحالَفَا ؛ [٢٠٢ظ] لأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ ، أَشْبَهَ البَيْعَ ، ثم الحُكْمُ فى فَسْخِ الإجارَةِ كالحُكْمِ فى فَسْخِ البيعِ ؛ لأنَّها بَيْعٌ . وإنِ اخْتلَفَا فى العُدْوَانِ ، فالقولُ قولُ المُسْتَأْجِرِ ؛ لأنَّ الأَصْلَ عدَمُ العُدْوَانِ ، والبَراءَةُ مِن الضَّمانِ . وإنِ اخْتلَفَا فى رَدِّ العَيْنِ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، القَوْلُ قولُ المُؤْجِرِ ؛ لأنَّ الأَصْلَ عدَمُ الرَّدِّ ، ولأنَّ المُسْتَأْجِرَ قَبض العَيْنَ لنَفْسِه ، أَشْبَهَ المُسْتَعِيرَ . والثانى ، القَوْلُ قولُ الأَجِيرِ ؛ لأنَّه أمِينٌ ، فأَشْبَهَ المُودَعَ . وإن هلكَتِ العَيْنُ ، فقال الأَجِيرُ : هَلَكَتْ بعدَ العَمَلِ ، فلِىَ الأُجْرَةُ . فأنْكَره المُسْتَأْجِرُ ، فالقَوْلُ قَوْلُه ؛ لأنَّ

---

(١) فى الأصل ، م : « فامتنع » .

(٢) بعده فى س ٢ : « عليه » .

(٣ - ٣) فى س ٢ : « على » .

الأَصْلَ عدَمُ العَملِ. وإن دفَعَ ثَوْبًا إلى خَيَّاطٍ، فقَطَعَه قَبَاءً، وقال: بهذا[1] أمَرْتَنِى، فَلِىَ الأُجْرَةُ، ولا ضَمانَ علىَّ. وقال صاحِبُه: إنَّما أمَرْتُكَ بقَطْعِه قَمِيصًا. فالقَوْلُ قولُ الأَجِيرِ. نَصَّ عليه؛ لأَنَّه مأْذُونٌ له فى القَطْعِ[2]، والخِلافُ فى صِفَتِه، فكان القولُ قولَ المأْذُونِ له، كالمُضارِبِ، ولأَنَّ الأَصْلَ عدَمُ وُجوبِ الغُرْمِ، فكان القولُ قولَ مَن يَنْفِيه. ويتَخَرَّجُ أن يُقْبَلَ قولُ المالكِ؛ لأَنَّ القَوْلَ قَوْلُه فى أَصْلِ الإذْنِ، فكذلكَ فى صِفَتِه، ولأَنَّ الأَصْلَ عدَمُ ما يَنْفِيه، فكان القولُ قولَه فيه.

---

(١) فى م: «لهذا».

(٢) فى م: «قطعه».



بَابُ الجَعَالَةِ

وهى أن يَجْعَلَ جُعْلًا لِمَن يعْمَلُ له عَمَلًا ؛ مِن رَدِّ آبِقٍ ، أو ضَالَّةٍ ، أو بِنَاءٍ ، أو خِيَاطَةٍ ، وسائرِ ما يُسْتَأْجَرُ عليه مِن الأَعْمالِ ، فيجوزُ ذلك ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ ﴾[1] . [2]وروَى[2] أبو سعيدٍ أنَّ ناسًا[3] مِن أصْحابِ رسولِ اللَّهِ ﷺ أتَوْا حَيًّا مِن أحْياءِ العربِ ، فلم يَقْرُوهم ، فبينَما[4] هم كذلك إذْ لُدِغَ سَيِّدُ أولئك ، فقالُوا : هل فيكم مِن رَاقٍ ؟ فقالُوا : لم تَقْرُونا فلا نفْعَلُ ، أو تَجْعَلُوا لَنا جُعْلًا . فجَعلُوا لهم قَطِيعَ شِيَاهٍ ، فجَعَل رَجُلٌ يقْرَأُ بأُمِّ القرآنِ ، ويَجْمَعُ بُزَاقَه ويَتْفُلُ ، فَبَرَأَ الرَّجُلُ ، فأَتَوْهُم بالشَّاءِ[5] ، فقالُوا : لا نأْخُذُها حتى نسْأَلَ عنها رسولَ اللَّهِ ﷺ . [6]فسَأَلوا عنها النبيَّ ﷺ[6] فقالَ : « وَمَا أَدْرَاكَ أَنَّهَا رُقْيَةٌ ؟ خُذُوهَا ، واضْرِبُوا لِي مِنْهَا بِسَهْمٍ » . مُتَّفَقٌ عليه[7] . ولأنَّ الحاجَةَ تَدْعُو إلى ذلك فى رَدِّ الضَّالَّةِ ونحوِها ، فجاز ، كالإجارَةِ .

---

(١) سورة يوسف ٧٢.

(٢ - ٢) فى س ٢: « وقال » ، وفى م : « ولما » .

(٣) فى الأصل : « أناسا » .

(٤) فى م : « فبينا » .

(٥) فى الأصل ، م : « بالشياه » .

(٦ - ٦) سقط من : م .

(٧) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٨٤.

ويجوزُ عَقْدُ الجَعَالَةِ لعامِلٍ غيرِ مُعَيَّنٍ ، وعَمَلٍ مَجْهُولٍ ، فيَقُولُ : مَن رَدَّ ضَالَّتِى فله كذا . للآيَةِ ، ولأنَّ الحاجَةَ داعِيَةٌ إليه مع الجَهْلِ ، فجاز ، كالمُضَارَبَةِ . ولا يجوزُ إلَّا بعِوَضٍ معْلُومٍ ؛ لأنَّه عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ ، فاشْتُرِطَ العِلْمُ[(1)] بعِوَضِه ، كالإجارَةِ ، فإن شرَطَه[(2)] مَجْهُولًا ، فَسَد ، وله أُجْرَةُ المِثْلِ ؛ لأنَّه عَقْدٌ يَجِبُ المُسَمَّى فى صَحِيحِه ، فوَجَبتْ أُجْرَةُ المِثْلِ فى فاسِدِه ، كالإجارَةِ .

فصل : وهى عَقْدٌ جائزٌ ؛ [(3)]لأنَّها تَنْعَقِدُ[(3)] على مَجْهُولٍ ، فكانَتْ جائزَةً ، كالمُضَارَبَةِ ، وأَيُّهما فسَخَ قبلَ الشُّروعِ فى العَملِ ، [٢٠٣و] فلا شىءَ للعاملِ ، [(4)]وإن فَسَخ[(5)] العاملُ[(4)] قبلَ تَمامِ العَملِ ، فلا شىءَ له ؛ لأنَّه إنَّما يَسْتَحِقُّه[(6)] بعدَ الفَراغِ [(7)]مِن عَمَلِه[(7)] ، وقد ترَكَه . وإن فَسَخه الجاعِلُ بعدَ التَّلَبُّسِ به ، فعليه أُجْرَةُ ما عَمِل العامِلُ ؛ لأنَّه إنَّما عَمِل بعِوَضٍ لم يُسَلَّمْ له ، وإن تَمَّ العَمَلُ ، لَزِمَ العَقْدُ ، ووَجَب الجُعْلُ ؛ لأنَّه اسْتَقَرَّ بتَمامِ العَملِ ، فأَشْبَهَ الرِّبْحَ فى المُضارَبَةِ ، وإن زادَ فى الجُعْلِ أو نَقَص منه قبلَ الشُّروعِ فى العَمَلِ ، جاز ؛ لأنَّه عَقْدٌ جائزٌ ، فجازَتِ الزِّيادَةُ فيه والنُّقْصانُ قبلَ العَمَلِ ، كالمُضَارَبَةِ .

---

(١) فى س ٢ : « العمل » .

(٢) فى م : « شرط » .

(٣ - ٣) فى س ٢ : « لأنه عقد » .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

(٥) فى م : « فسخه » .

(٦) فى م : « يستحق » .

(٧ - ٧) سقط من : الأصل .

فصل: لا يَسْتَحِقُّ الجُعْلَ إلَّا بفَرَاغِه[1] مِن العَمَلِ؛ لأنَّه كذا شَرَط، وإن جَعَل له جُعْلًا على رَدِّ آبِقٍ، فَرَدَّه إلى بابِ الدَّارِ، فهَرَب، أو مات قبلَ تَسْلِيمِه، لم يَسْتَحِقَّ شيئًا؛ لأنَّه لم يَأْتِ بما جُعِل الجُعْلُ فيه. وإن قال: مَن رَدَّه مِن مِصْرَ فله دِينارٌ. فرَدَّه مِن نِصْفِ طَرِيقِها. أو قال: مَن رَدَّ عَبْدَىَّ، فله دِينارٌ. فرَدَّ أحَدَهما، فله نِصْفُ الدِّينارِ؛ لأنَّه عَمِل نِصْفَ العَمَلِ، وإن رَدَّه مِن أبْعَدَ مِن مِصْرَ، لم يَسْتَحِقَّ إلَّا الدِّينارَ؛ لأنَّه لم يَضْمَنْ لمَن زادَ شيئًا. وإن رَدَّه جماعَةٌ، اشْتَرَكُوا فى الدِّينَارِ؛ لأَنَّهم اشْتَرَكُوا فى العَمَلِ. فإن جَعَل[2] لواحِدٍ فى رَدِّه دِينارًا، ولآخَرَ اثْنَيْنِ، ولآخَرَ ثَلاثَةً، [3]فرَدَّه الثلاثَةُ[3]، فلكلِّ واحدٍ منهم ثُلُثُ جُعْلِه. وإنْ جَعَل لواحِدٍ منهم ثَوْبًا[4]، فله ثُلُثُ أُجْرَةِ المِثْلِ؛ لأنَّه عِوَضٌ مَجْهُولٌ، فاسْتَحَقَّ ثُلُثَ أُجْرَةِ المِثْلِ، وإن جَعَل لواحِدٍ جُعْلًا، فأَعَانه آخَرُ، فالجُعْلُ كلُّه للمَجْعُولِ له؛ لأنَّ العَمَلَ كُلَّه له. فإن قال الآخَرُ: شارَكْتُه لأُشَارِكَه فى الجُعْلِ. فللعامِلِ نِصْفُ الجُعْلِ؛ لأنَّه عَمِل نِصْفَ العَمَلِ، ولا شىءَ للآخَرِ؛ لأنَّه لم يُشْرَطْ له شىءٌ.

فصل: ومَن عَمِل لغيرِه عَملًا بغيرِ جُعْلٍ، فلا شىءَ له؛ لأنَّه بذَلَ مَنْفَعَتَه [5]مِن غيرِ[5] عِوَضٍ، فلم يَسْتَحِقَّه، وإنِ الْتَقَطَ لُقَطَةً[6] قبلَ الجُعْلِ،

---

(١) فى م: «بعد فراغه».

(٢) فى م: «جعلوا».

(٣ - ٣) سقط من: م.

(٤) فى الأصل: «يوما».

(٥ - ٥) فى م: «بغير».

(٦) سقط من: م.

ثم بَلَغه الجُعْلُ، لم يَسْتَحِقَّه؛ لأنَّه وَجَب عليه رَدُّها بالتِقاطِها، فلم يَجُزْ له أخْذُ العِوَضِ عن الواجِبِ، وإنِ الْتَقَطَها بعدَ الجُعْلِ، ولم يعْلَمْ بذلك، لم يَسْتَحِقَّه؛ لأَنَّه تطَوَّعَ بالالْتِقَاطِ. وإن نَادَى غيرُ صاحِبِ الضَّالَّةِ: مَن رَدَّها فله دِينارٌ. فرَدَّها رَجُلٌ، فالدِّينَارُ على المُنادِى؛ لأَنَّه ضَمِنَ العِوَضَ. وإنْ قال فى النِّداءِ: قال فُلَانٌ: مَنْ رَدَّ ضَالَّتِى فله دِينَارٌ. فرَدَّها رجلٌ، لم يَضْمَنِ المُنادِى؛ لأنَّه لم يَضْمَنْ، إنَّما حَكَى قولَ غيرِه.

فصل: وإنِ اخْتلَفَا فى الجُعْلِ، أو[1] فى قَدْرِه، أو فى المجْعُولِ فيه الجُعْلُ، فالقولُ قولُ المالِكِ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ لِما[2] يُدَّعَى عليه، والأَصْلُ معه[3].

فصل: وإن رَدَّ آبِقًا مِن غيرِ شَرْطٍ، ففيه رِوايَتان؛ إحْداهما، لا جُعْلَ له؛ لِما[4] ذكَرْنا. والثانيةُ، له الجُعْلُ[5]؛ [6]لأنَّ ذلك[6] يُرْوَى عن عُمَرَ، وعليٍّ، وابنِ مَسْعُودٍ، رَضِىَ اللَّهُ عنهم. ولا يُعْرَفُ لهم مُخالِفٌ فى الصَّحابَةِ. ويُرْوَى عن النبىِّ ﷺ أنَّه جَعَلَ فى الآبِقِ إذا جاء به خارِجًا مِن الحَرَمِ دِينارًا[7]. ولأنَّ فى ذلك حَثًّا على رَدِّ الأُبَّاقِ[8]، وصِيانَةً عن الرُّجُوعِ

---

(١) فى م: «و».

(٢) فى م: «ما».

(٣) فى م: «عدمه».

(٤) فى م: «فيما».

(٥) فى م: «جعل».

(٦ - ٦) فى ف: «لأنه».

(٧) أخرجه ابن أبى شيبة، فى: كتاب البيوع والأقضية. المصنف ٦/ ٥٤٠، ٥٤٣، ٥٤٤. عن عمرو بن دينار وابن أبى مليكة مرفوعا. وهو منقطع. انظر: السنن الكبرى ٦/ ٢٠٠.

(٨) فى م: «الآبق»، وفى س ١: «الأباق»، وفى الحاشية: «الآبق».

إلى دارِ الحَرْبِ ، ورِدَّتِهم عن دِينِهم ، فينْبَغِى أنْ يكونَ مَشْرُوعًا .

[٢٠٣ظ] وقَدْرُ الجُعْلِ دِينارٌ أو اثْنَا عشَرَ دِرْهَمًا ؛ لِمَا رَوَيْنا . ولأنَّ ذلكَ يُرْوَى عن عُمَرَ ، وعلىٍّ[(١)] ، رَضِىَ اللَّهُ عنهما . وعن أحمدَ ، أنَّه إن رَدَّه مِن خارِجِ المِصْرِ فله أرْبَعُونَ دِرْهَمًا ، وإنْ رَدَّه مِن المِصْرِ ، فله دِينَارٌ ؛ لأنَّه يُرْوَى عن ابنِ مَسْعُودٍ[(٢)] ، رَضِىَ اللَّهُ عنه . وسَواءٌ كان ذلك كقِيمَةِ العَبْدِ أو أقَلَّ أو أكْثَرَ . فإن ماتَ السَّيِّدُ ، اسْتَحقَّ الجُعْلَ فى تَرِكَتِه .

وما أَنْفَقَه[(٣)] على الآبِقِ فى قُوتِه ، رَجَع به على سَيِّدِه ، سَواءٌ رَدَّه أو هَرَب منه فى بَعْضِ الطَّرِيقِ .

---

(١) أخرجه عنهما ابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٦/ ٥٤٢.

(٢) أخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ٨/ ٢٠٨. وابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٦/ ٥٤١.

(٣) فى م : « أنفق » .



بَابُ المسَابقَةِ

تجوزُ المُسابَقَةُ على الأقْدامِ والدّوابِّ والسّهَامِ والحِرَابِ[1] والسُّفُنِ وغيرِها ؛ لِمَا روَى ابنُ عُمَرَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنهما ، أنَّ النبىَّ ﷺ سابَقَ بينَ الخَيْلِ المُضْمَرَةِ[2] مِن الحَفْيَاءِ إلى ثَنِيَّةِ الوَدَاعِ ، وبينَ التى لم تُضْمَرْ مِن ثَنِيَّةِ الوَدَاعِ إلى مَسْجِدِ بَنِى زُرَيْقٍ . مُتَّفَقٌ عليه[3] . وسابَقَ النبىُّ ﷺ عائشةَ على قدَمَيْه[4] .

---

(١) فى م : « الحرب » .

(٢) المضمرة : التى قلل علفها ، وأدخلت بيتًا كنينا ، وجُلِّلت فيه لتعرق ويجف عرقها ، فيخف لحمها وتقوى على الجرى .

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب هل يقال : مسجد بنى فلان ؟ من كتاب الصلاة ، وفى : باب إضمار الخيل للسبق ....، من كتاب الجهاد ، وفى : باب ما ذكر النبى ﷺ ، وحَضَّ على اتفاق أهل العلم ....، من كتاب الاعتصام . صحيح البخارى ١/ ١١٤، ٤/ ٣٨، ٩/ ١٢٩. ومسلم ، فى : باب المسابقة بين الخيل وتضميرها ، من كتاب الإمارة . صحيح مسلم ٣/ ١٤٩١.

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرهان والسبق ، من أبواب الجهاد . عارضة الأحوذى ٧/ ١٨٩، ١٩٠. والنسائى ، فى : باب غاية السبق للتى لم تضمر ، وباب إضمار الخيل للسبق ، من كتاب الجهاد . المجتبى ٦/ ١٨٧، ١٨٨. وابن ماجه ، فى : باب السبق والرهان ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٢/ ٩٦٠. والدارمى ، فى : باب فى السبق ، من كتاب الجهاد . سنن الدارمى ٢/ ٢١٢. والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الخيل والمسابقة بينها ....، من كتاب الجهاد . الموطأ ٢/ ٤٦٧، ٤٦٨.

(٤) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى السبق على الرّجل ، من كتاب الجهاد . سنن أبى داود ٢/ ٢٨. والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ٢٦٤.

وسابَق سَلَمَةُ بنُ الأَكْوَعِ رجلًا مِن الأَنْصارِ بينَ يدَيْه[1] . ومَرَّ النبيُّ ﷺ بقَوْمٍ يَرْبَعُونَ حَجَرًا – أى يَرْفَعُونَه – بأَيْدِيهم ليُعْلَمَ الشَّدِيدُ منهم ، فلم يُنْكِرْ عليهم[2] .

ولا يجوزُ بعِوَضٍ إلَّا فى الخَيْلِ والإِبِلِ والسِّهَامِ ؛ لِمَا روَى أبو هُرَيْرَةَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « لَا سَبَقَ إلَّا فِى نَصْلٍ ، أو خُفٍّ ، أو حَافِرٍ » . روَاه أبو داودَ[3] . فتعَيَّنَ حَمْلُه على المُسابَقَةِ بعِوَضٍ ؛ جَمْعًا بَيْنَه وبينَ ما رَوَيْنا . والمُرادُ بالحافِرِ الخَيْلُ خاصَّةً ، وبالخُفِّ الإِبِلُ ، وبالنَّصْلِ السِّهامُ ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « لَيْسَ مِنَ اللَّهْوِ إلَّا ثَلَاثٌ ؛ تَأْدِيبُ الرَّجُلِ فَرَسَه ، ومُلَاعَبَتُه أَهْلَه ، ورَمْيُه بقَوْسِه وَنَبْلِه » . [4]روَاه أبو داودَ[4] . ولأنَّ غيرَ

---

(١) أخرجه مسلم ، فى : باب غزوة ذى قرد وغيرها ، من كتاب الجهاد . صحيح مسلم ٣/ ١٤٣٩. والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/ ٥٣.

(٢) أخرجه البزار ، انظر : كشف الأستار ٢/ ٤٣٨، ٤٣٩. وابن المبارك ، فى : الزهد ١٦٥. وأبو عبيد ، فى : غريب الحديث ١/ ١٥، ١٦. وانظر التعليق عليه فى : التكميل لما فات تخريجه من إرواء الغليل ٩٠.

(٣) فى : باب فى السبق ، من كتاب الجهاد . سنن أبى داود ٢/ ٢٨.

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرهان والسبق ، من أبواب الجهاد . عارضة الأحوذى ٧/ ١٩٢. والنسائى ، فى : باب السبق ، من كتاب الخيل . المجتبى ٦/ ١٨٨. وابن ماجه ، فى : باب السبق والرهان ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٢/ ٩٦٠. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٢٥٦، ٣٥٨، ٣٨٥، ٤٧٤.

(٤ – ٤) زيادة من الأصل ، ف .

والحديث أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرمى ، من كتاب الجهاد . سنن أبى داود ٢/ ١٢، ١٣.

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى فضل الرمى فى سبيل اللّه ، من أبواب فضائل =

الخَيْلِ والإبلِ لا تصْلُحُ للكَرِّ والفَرِّ والقِتَالِ ، وغيرَ السِّهامِ لا يُعْتَادُ الرَّمْىُ بها ، فلم تَجُزِ المُسابَقَةُ عليها ، كالبَقَرِ والتِّراسِ .

فصل : والمُسابَقَةُ بعِوَضٍ جَعَالَةٌ[1] ؛ لأنَّه عَقْدٌ على ما لا[2] يَعْلَمُ القُدْرَةَ على تَسْلِيمِه ، فأَشْبَهَ رَدَّ الآبِقِ ، ولكُلٍّ واحدٍ منهما فَسْخُها قبلَ الشُّروعِ فى المُسابَقَةِ ، وما لم يَظْهَرْ فَضْلُ أحدِهما ، فإن ظَهَر ، فللفَاضِلِ الفَسْخُ والنُّقْصَانُ[3] ، ولا يجوزُ للمَفْضولِ ؛ لِئَلَّا يُفَوِّتَ غرَضَ المُسابَقَةِ ، فإنَّه متى بانَ له أنَّه مَسْبُوقٌ ، فَسَخ . وذَكَر القاضى وَجْهًا آخرَ أنَّها عَقْدٌ لازِمٌ ؛ لأنَّ مِن شَرْطِها العِلْمَ بالعِوَضَيْنِ ، فكانَتْ لازِمَةً ، كالإجارَةِ .

ويجوزُ بَذْلُ العِوَضِ مِن بَيْتِ المالِ ، ومِن السُّلْطانِ ، و[4] المُتَسابِقَيْنِ ، و[4] آحَادِ الرَّعِيَّةِ ؛ لأنَّه إخْراجُ مالٍ لمَصْلَحَةٍ ، فجاز مِن الجميعِ ، كارْتباطِ الخَيْلِ فى سَبِيلِ اللَّهِ ، فإنَّ بَذْلَ العِوَضِ فيها تَحْرِيضٌ على التَّعَلُّمِ ، والاسْتِعْدادِ للجِهادِ . ومِن شَرْطِ العِوَضِ كَوْنُه مَعْلُومًا ؛ لِمَا ذَكَرْنا فى

= الجهاد . عارضة الأحوذى ٧/ ١٣٥، ١٣٦. والنسائى ، فى : باب ثواب من رمى بسهم ...، من كتاب الجهاد . وفى : باب تأديب الرجل فرسه ، من كتاب الخيل . المجتبى ٦/ ٢٤، ١٨٥. وابن ماجه ، فى : باب الرمى فى سبيل اللّه ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٢/ ٩٤٠. والدارمى ، فى : باب فى فضل الرمى والأمر به ، من كتاب الجهاد . سنن الدارمى ٢/ ٢٠٤، ٢٠٥. والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/ ١٤٤، ١٤٦، ١٤٨.

(١) بعده فى م : « فيه » .

(٢) فى م : « لم » .

(٣) بعده فى م : « والزيادة » .

(٤) بعده فى م : « من » .

الجَعَالَةِ[1] .

فصل : ولا تجوزُ المُسابَقَةُ بينَ جِنْسَيْنِ ، كالخَيْلِ والإبِلِ ؛ لأَنَّ تَفاضُلَ الجِنْسَيْنِ مَعْلُومٌ. فأَمَّا النَّوْعَانِ ؛ كالعَرَبِيِّ والهَجِينِ ، والبُخْتِيِّ[2] [٢٠٤و] والعِرَابِيِّ ، فقال القاضى : تجوزُ المُسابَقَةُ بينَهما ؛ لأنَّ الجِنْسَ[3] يشْمَلُهما ، فأَشْبَهَا[4] النَّوْعَ الواحِدَ. وقال أبو الخَطَّابِ : لا يصِحُّ ؛ لأَنَّهما يَخْتَلِفانِ فى الجَرْيِ عادَةً ، فأَشْبَهَا الجِنْسَيْنِ. وكذا الخِلافُ فى المُنَاضَلَةِ بنَوْعَيْنِ مِن القِسِيِّ ؛ كالعَرَبِيِّ والفارِسِيِّ ، (٥وقَوْسِ الجَرْخِ[6] وقَوْسِ النَّبْلِ ؛ لذلك٥) .

فصل : ويُشْتَرَطُ تَعْيِينُ المَرْكُوبَيْنِ ؛ لأَنَّ القَصْدَ جَوْهَرُهما ، وتَعْيِينُ الرَّامِيَيْنِ ؛ لأَنَّ القَصْدَ معْرِفَةُ حِذْقِهِما ، ولا يُعْتَبَرُ تَعْيِينُ الرَّاكِبَيْنِ ولا القَوْسَيْنِ ؛ لأَنَّهما آلَةٌ للمَقْصُودِ ، فلم يُعْتَبَرْ تَعْيِينُهما ، كسَرْجِ الدَّابَّةِ . ويُعْتَبَرُ تحْدِيدُ المَسافَةِ ؛ لحديثِ ابنِ عُمَرَ ، ولأَنَّهما إذا أُجْرِيَا إلى غيرِ غايَةٍ ، لم يُؤْمَنْ أن لا يَسْبِقَ أحدُهما حتى يعْطِبَا أو أحدُهما . ولا يجوزُ إجْرَاؤُهما إلَّا بتَدْبِيرِ الرَّاكِبَيْنِ ؛ لأَنَّهما إذا جَرَيا لأَنْفُسِهما ، تَنافَرا ولم يَمْضِيا إلى الغايَةِ . ولا يجوزُ أن يَسْتَبِقَا على أنَّ مَن سبَقَ صاحِبَه بخَمْسَةِ أَقْدَامٍ ، فهو السَّابِقُ ؛ لأَنَّ

---

(١) بعده فى م : « له » .
وانظر ما تقدم فى صفحة ٤٢٠.

(٢) البختى : الإبل الخراسانية ، والعرابى : الإبل العربية .

(٣) فى الأصل : « الجنسين » .

(٤) فى م : « فأشبه » .

(٥ - ٥) سقط من : م .

(٦) قال العلامة البهوتى : جرخ ؛ وهو الذى يرمى به الروم . كشاف القناع ٤/ ٣٧١. وفى الألفاظ الفارسية المعربة : الجروخ : من أدوات الحرب ، ترمى عنها السهام والحجارة ، مشتقة من جرخ (بالجيم المنقوطة بثلاث) ، ومعناها الفلك ، وتطلق على جميع الآلات التى تدور .

هذا لا يَنْضَبِطُ ، فإنَّ الفرَسَيْنِ لا يَقِفَانِ عندَ الغايَةِ لِيُقَدَّرَ ما بينَهما .

فصل : وإذا كان الجُعْلُ مِن غيرِهما[1] ، فقال : مَن سَبَق منكم فله عَشَرَةٌ . صَحَّ ، فإن سَبَق واحِدٌ ، فهى له ؛ لأنَّه سَبَق . وإن سَبَق اثْنان أو أكْثَرُ ، اشْتَرَكُوا فى السَّبَقِ[2] ، وإن جاءَ الكُلُّ معًا ، فلا شىءَ لهم ؛ لأَنَّهم لا سابِقَ فيهم . وإن جَعَل السَّبَقَ للمُصَلِّى وحدَه ، أو فضَّلَه على[3] السَّابِقِ ، لم يصِحَّ ؛ لأنَّ كُلَّ واحِدٍ منهم يَجْتَهِدُ أن لا يَسْبِقَ ، فيَفُوتَ الغَرَضُ . وكذلك إن جعَلَ للسَّابِقِ عشَرَةً وللثَّالِثِ أرْبَعَةً ، ولم يَجْعَلْ للمُصَلِّى شيئًا ، لم يصِحَّ ؛ لأنَّ مَن عدَا السَّابِقَ يَجْتَهِدُ أن لا يَسْبِقَ صاحِبَه . وإن سَوَّى بينَ السَّابِقِ والمُصَلِّى ، ولا ثالِثَ معهما ، لم يَصِحَّ ؛ لفَوَاتِ الغَرَضِ به . وإن كانَ معهما ثالِثٌ نَقَصَه[4] عنهما ، صَحَّ ؛ لأنَّ كُلَّ واحِدٍ منهم (٥يَجْتَهِدُ فى٥) أنْ لا يكونَ الثالِثَ . وإن جَعَل للمُجَلِّى - وهو الأَوَّلُ - مِائةً ، وللمُصَلِّى - وهو الثانى - تِسْعِينَ ، وللتّالى[6] - وهو الثالثُ - ثمانِينَ ، وللبارِعِ[7] - وهو الرَّابِعُ - سَبْعِينَ ، وللمُرْتَاحِ - وهو الخامِسُ - سِتِّينَ ، وللحَظِىِّ[8] - وهو السادسُ - خَمْسِينَ ، وللعَاطِفِ - وهو السَّابِعُ -

---

(١) فى الأصل ، م : « غيرهم » .

(٢) السبق ؛ بفتح الباء : الجعل المخرج فى المسابقة .

(٣) فى م : « عن » .

(٤) فى م : « نقص » .

(٥ - ٥) فى الأصل : « مجتهد » .

(٦) فى الأصل ، س ١ ، ف ، ب ، م : « للمسلى » .

(٧) فى الأصل ، س ١ ، ف ، ب ، م : « للتالى » .

(٨) فى م : « للمطى » . وقال البهوتى : فخطى : وهو بالخاء المعجمة . كشاف القناع ٤/ ٥٢ .

أرْبَعِينَ ، وللمُؤَمِّلِ - وهو الثامِنُ - ثلاثِينَ ، وللَّطِيمِ - وهو التاسِعُ - عِشْرِينَ ، وللسُّكَيتِ - وهو العاشِرُ - عشَرَةً ، وللفُسْكُلِ - وهو الأخِيرُ - خَمْسَةً ، صَحَّ ؛ لأنَّ الغرَضَ حاصِلٌ ، وكُلُّ واحدٍ يَجْتَهِدُ فى سَبْقِ الآخَرِ ؛ لِيَنالَ أعْلَى مِن رُتْبَتِه . وإن جَعَل جُعْلَ كلِّ رُتْبَةٍ يَشْتَرِكُ فيه جميعُ مَن بلَغَها ، احْتَمَلَ أن يصِحَّ ؛ لذلك ، واحْتَمَلَ أن لا يصِحَّ ؛ لأنَّه قد يَشْتَرِكُ فى السَّبْقِ جماعَةٌ ، ويَنْفَرِدُ المُصَلِّى فيَفْضُلُهم بكَثْرَةِ ما جُعِلَ له فيَفُوتُ الغَرَضُ . وإن قال : مَن بلَغَ الغايَةَ[1] فله عَشَرَةٌ . لم يكنْ ذلك مُسابَقَةً ؛ لأنَّ مقْصُودَ المُسابقَةِ التَّحْرِيضُ على السَّبْقِ ، وتعَلُّمُ الفُروسِيَّةِ ، وهذا يفُوتُ بالتَّسْوِيَةِ ، ولكِنَّه جَعَالَةٌ مَحْضَةٌ ؛ لأنَّه بَذَلَ العِوَضَ فى أمْرٍ فيه غَرَضٌ [٢٠٤ظ] صَحيحٌ . وكذلك إن قال : ارْمِ عشَرَةَ أسْهُمٍ ، فإن كانَتْ إصابَتُك أكْثَرَ مِن خَطَئِكَ ، فلكَ كذا . أو قال : إن أصَبْتَ بهذا السَّهْمِ ، فلك كذا . صَحَّ ، ولم يكنْ مُناضَلَةً لذلك .

فصل : وإن أخْرَج الجُعْلَ أحَدُ المُتَسابِقَيْنِ ، جاز ؛ لأنَّ فيهما مَن[2] يأْخُذُ ولا يُعْطِى ، فلا يكونُ قِمَارًا . فإن سَبَق مَن أخْرَج ، أحْرَز سَبَقَه ، ولم يأْخُذْ مِن صاحبِه شَيْئًا ، وإن سَبَق الآخَرُ ، أحْرَز الجُعْلَ ؛ لأنَّه سابِقٌ . وإن جَاءَا معًا فالجُعْلُ لصاحبِه ؛ لأنَّه لا سَابِقَ[3] فيهما . فإن أخْرَجا معًا ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه يكونُ قِمَارًا ؛ لأنَّه ليس فيهما إلَّا مَن يأْخُذُ إذا سَبَق ، ويُعْطِى إذا

---

(١) فى س ٢ : « الغرض » .

(٢) بعده فى الأصل : « لا » .

(٣) فى م : « سبق » .

سُبِق ، إلَّا أن يُدْخِلا معهما[1] ثالِثًا يُكافِئُ[2] فَرَسُه فرَسَيْهما ؛ لِما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « مَنْ أَدْخَلَ فَرَسًا بَيْنَ فَرَسَيْنِ ، وهُوَ لَا يُؤْمَنُ أَنْ يَسْبِقَ ، فليس بِقِمَارٍ ، ومَنْ أَدْخَلَ فَرَسًا بَيْنَ فَرَسَيْنِ ، وقَدْ أَمِنَ أَنْ يَسْبِقَ ، فَهُوَ قِمَارٌ » . رَواه أبو داودَ[3] . ولأنَّه مع وُجودِ المُحَلِّلِ المكافِئ فيهم مَن يأْخُذُ ولا يُعْطِى ، فيُخَالِفُ القِمَارَ . فإن كان لا يُكافِئُهما ، فوُجُودُه كعَدَمِه ؛ لأنَّه معْلُومٌ أنَّه لا يَأْخُذُ شيئًا . وسَواءٌ كانَ المُحَلِّلُ واحِدًا أو أكْثَرَ ، والمُسابَقَةُ بينَ اثْنَيْنِ أو حِزْبَيْنِ ؛ لأنَّ الغَرَضَ الخُرُوجُ مِن القِمَارِ ، وقد حَصَلَ على أىِّ صِفَةٍ كان . فإذا تَسابَقُوا فجَاءُوا معًا ، أو جاءَ المُسْتَبِقَانِ معًا قبلَ المُحَلِّلِ ، أَحْرَز كُلُّ واحِدٍ[4] سَبَقَه ، ولا شىءَ للمُحَلِّلِ[5] ؛ لأنَّه لم يَسْبِقْ ، ولم يَسْبِقْ أحدُهما صاحِبَه ، وإن سبَقَهما المُحَلِّلُ ، أخَذَ سَبَقَيْهما[6] ؛ لأنَّه سَبَقَهما . وإنْ سبَقَ أحَدُ المُسْتَبِقَيْنِ[7] وحدَه ، أحْرَزَ السَّبَقَيْنِ لسَبْقِه ،

---

(١) بعده فى الأصل : « فرسا » .

(٢) فى م : « يساوى » .

(٣) فى : باب فى المحلل ، من كتاب الجهاد . سنن أبى داود ٢/ ٢٨، ٢٩.

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب السبق والرهان ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٢/ ٩٦٠. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٥٠٥.

قال أبو حاتم : أحسن أحواله أن يكون موقوفًا على سعيد بن المسيب . انظر التلخيص الحبير ٤/ ١٦٣. وذكره الإمام مالك فى الموطأ عن سعيد بن المسيب بمعناه ، فى : باب ما جاء فى الخيل والمسابقة بينها ....، من كتاب الجهاد . الموطأ ٢/ ٤٦٨.

(٤) بعده فى م : « منهما » .

(٥) فى م : « للمحل » .

(٦) فى الأصل ، ف : « سبقهما » .

(٧) فى س ٢، ف : « المسبقين » .

ولم يأْخُذْ مِن المُحَلِّلِ شيئًا ، وإنْ سبَقَ أحدُهما مع المُحَلِّلِ ، أحْرَزَ المُسْتَبِقُ[1] سبَقَ نَفْسِه ؛ لأنَّه غيرُ مَسْبُوقٍ ، وكان سبَقُ الآخَرِ بَيْنَه وبينَ المُحَلِّلِ نِصْفَيْنِ ؛ لاشْتِراكِهما فى سَبْقِه .

فصل : وتُرْسَلُ الفَرَسان معًا مِن أوَّلِ المسافَةِ فى حَالٍ واحدَةٍ ، ولا يجوزُ لأَحَدِهما أنْ يَجْنُبَ مع فَرَسِه فَرَسًا يُحَرِّضُه على العَدْوِ ، ولا يَصِيحَ به[2] [3]فى وقتِ سباقِه[3] ، ولا يَجْلِبَ عليه ؛ لِما روَى عِمْرانُ بنُ حُصَيْنٍ أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « لَا جَلَبَ ولَا جَنَبَ فِى الرِّهَانِ » . روَاه أبو داودَ[4] . وعن[5] ابنِ عَبَّاسٍ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « مَن أَجْلَب على الخَيْلِ يَوْمَ الرِّهَانِ ، فليس مِنَّا »[6] . فإنِ اسْتَوَى الفَرَسانِ [7]فى طولِ[7] العُنُقِ ، فسَبَق أحدُهما برَأْسِه ، فهو سابِقٌ ، وإنِ اخْتلَفَا فى طُولِ العُنُقِ ، أو كانَا بَعِيرَيْنِ ، اعْتُبِرَ السَّبْقُ بالكَتِفِ[8] ، فمَن سَبَق به أو ببَعْضِه ، فهو سابِقٌ ، ولا عِبْرَةَ بالعُنُقِ . وإن عَثَرَ أحدُهما ، أو ساخَتْ قوائِمُه فى الأَرْضِ ، أو وَقَف

---

(١) فى س ١، س ٢: « المسبق » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣ - ٣) زيادة من : الأصل ، س ١ .

(٤) فى : باب فى الجلب على الخيل فى السباق ، من كتاب الجهاد . سنن أبى داود ٢/ ٢٩ .

(٥) فى م : « وروى » .

(٦) أخرجه أبو يعلى ، فى : مسنده ٤/ ٣٠٣ ، ٣٠٤ ، والطبرانى ، فى : المعجم الكبير ١١/ ٢٢٢ ، ٢٢٣ .

(٧ - ٧) فى م : « بطول » .

(٨) فى الأصل : « باللبة » . وفى حاشية س ٢: « وهو الكاهل » .

لِعِلَّةٍ ، فسَبَقَه الآخَرُ ، لم يُحْكَمْ له[1] بالسَّبْقِ ؛ لأَنَّ سَبْقَه إِيَّاه للعارِضِ ، لا لفَضْلِ جَرْيِه .

فصل : وإن مات أحدُ المَرْكُوبَيْنِ ، بطَلَتِ المُسابقَةُ ؛ لأنَّ العَقْدَ تعَلَّق بعَيْنِه ، فأَشْبَهَ تَلَف المعْقُودِ عليه فى الإجارَةِ . وإن مات الرَّاكِبُ ، لم تَبْطُلْ ؛ لأنَّه غيرُ المَعْقُودِ عليه ، وللوارِثِ أن يقُومَ مَقامَه ، وله أن لا[2] [٢٠٥و] يفْعَلَ ؛ لأنَّ العَقْدَ جائزٌ ، ومَن جعَلَه لازِمًا ، ألْزَمَه[3] أنْ يقُومَ مَقامَه ، كالإجارَةِ .

(١) سقط من : الأصل .
(٢) سقط من : م .
(٣) فى الأصل ، م : « لزمه » .



بَابُ المناضَلَةِ

وهى المُسابقَةُ بالرَّمْيِ ، وتجوزُ بينَ اثْنَيْن وحِزْبَيْـنِ ؛ لِما رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ أنَّه خرَجَ على أصْحابٍ له يتناضَلُونَ[1] ، فقال : « ارْمُوا ، وَأَنا مَعَ [2]بَنِى فُلَانٍ[2] » . فأَمْسَكَ الآخَرُونَ ، [3]فقال : « ما لكم » [3] ؟. فقَالُوا : يا رسولَ اللَّهِ ، كيفَ نَرْمِى وأنتَ معهم[4] ! فقالَ : « ارْمُوا ، وأَنَا معَكُمْ كُلِّكُمْ » . [5]روَاه البُخارِىُّ[5] . ولأنَّه إذا جازَ على اثْنَيْنِ ، جازَ على ثلاثَةٍ ،

---

(١) فى س ٢، ب : « ينتضلون » . وهى رواية للبخارى . وفى ف : « وهم ينتضلون » .

(٢ - ٢) فى الأصل ، س ١ ، ب : « ابن الأدرع » . وفى س ٢، ف : « ابن الأذرع » .

(٣ - ٣) زيادة من : ف .

(٤) فى الأصل ، س ١ ، س ٢ ، ب : « مع ابن الأدرع » ، وفى ف : « مع ابن الأذرع » .

(٥ - ٥) فى الأصل ، س ١ ، س ٢ ، ف ، ب : « متفق عليه » .

والحديث أخرجه البخارى ، فى : باب التحريض على الرمى ، من كتاب الجهاد ، وفى : باب قول اللَّه تعالى : ﴿واذكر فى الكتاب إسماعيل إنه كان صادق الوعد﴾ ، من كتاب الأنبياء ، وفى : باب نسبة اليمن إلى إسماعيل ...، من كتاب المناقب . صحيح البخارى ٤/ ٤٥، ٤٦، ١٧٩، ٢١٩.

كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٤/ ٥٠. كلاهما من حديث سلمة بن الأكوع . ولم يعزه الحافظ المزى إلى مسلم . انظر تحفة الأشراف ٤/ ٤٨.

وبلفظ : « ارموا وأنا مع ابن الأدرع » . بدلا من : « ارموا وأنا مع بنى فلان » . أخرجه الحاكم ، فى : المستدرك ٢/ ٩٤. وابن حبان ، انظر : الإحسان ١١٠/ ٥٤٨. كلاهما من حديث أبى هريرة .

كسِبَاقِ الخَيْلِ.

فصل: ويُشْتَرَطُ لصحَّتِها شُروطٌ ثمانِيَةٌ؛ أحدُها، تَعْيِينُ الرُّمَاةِ؛ لأنَّ الغرَضَ مَعْرِفَةُ الحِذْقِ فى الرَّمْيِ، فلا يَتحَقَّقُ مع عدَمِ التَّعْيِينِ، كسِباقِ الخَيْلِ، فإن عَقَد اثْنَانِ نِضَالًا على أن يكونَ مع كُلٍّ واحدٍ منهما ثَلاثَةٌ، لم يَصِحَّ؛ لذلك. وإن عَقَد جماعَةٌ نِضَالًا ليَتفاضَلُوا[1] حِزْبَيْنِ، احْتَمَل أن لا يصِحَّ؛ لأنَّ التَّعْيِينَ لا يَتحَقَّقُ قبلَ التَّفاضُلِ. وقال القاضى: يَصِحُّ[2] ويُجْعَلُ لكُلِّ حزْبٍ رَئِيسٌ، فيَخْتارُ أحَدُهما واحِدًا، ثم[3] يَخْتارُ الآخَرُ آخَرَ كذلك حتى يَتفاضَلُوا[4]. فإنِ اخْتلَفا فى المُبْتَدِئ منهما بالخِيَارِ، أُقْرِعَ بينَهما، ولا يجوزُ أن يَقْتَسِمُوا بالقُرْعَةِ؛ لأنَّها رُبَّما وقَعَتْ على الحُذَّاقِ فى أحَدِ الحِزْبَيْنِ. ولا يجوزُ أنْ يُجْعَلَ زَعِيمُ الحِزْبَيْنِ واحِدًا؛ لأنَّه[5] يَمِيلُ إلى أحَدِهما فتَلْحَقُه التُّهْمَةُ. ولا يجوزُ أنْ تُجْعَلَ الخِيَرَةُ فى تَمْيِيزِ الحِزْبَيْنِ إلى واحدٍ؛ لذلك[6]. ولا يجوزُ أن يُجْعَلَ إلى واحدٍ، والسَّبَقُ عليه؛ لأنَّه يَخْتارُ الحُذَّاقَ، فَيبْطُلُ مَعْنَى النِّضَالِ.

فصل: الشَّرْطُ الثانِى، تَعْيِينُ نَوْعِ[7] القِسِيِّ؛ لأنَّ الأَغْرَاضَ تَخْتَلِفُ

---

(١) فى م: «ليتناضلوا».

(٢) سقط من: م.

(٣) فى م: «و».

(٤) فى م: «يتناضلوا».

(٥) بعده فى م: «قد».

(٦) سقط من: م.

(٧) فى ف: «نوعى».

باخْتِلَافِها ، فقد يكونُ الرَّامِى أحْذَقَ بنَوْعٍ منه بالنَّوْعِ الآخَرِ ، وإن لم يكنْ فى البَلَدِ إلَّا نَوْعٌ واحِدٌ ، لم يحتَجْ إلى التَّعْيِينِ ؛ لأنَّ الإطْلاقَ ينْصَرِفُ إليه ، كالنَّقْدِ . فإن عقَدا على نَوْعٍ[1] ، فأرادَ أحدُهما أن يَنْتَقِلا إلى غيرِه ، أو أن يَنْتَقِلَ أحدُهما ، لم يَجُزْ ؛ لِمَا ذكَرْناه . وإنْ عقَدَا على قَوْسٍ[2] بعَيْنِه ، فانْتقل أحدُهما إلى غيرِه مِن نَوْعِه ، جاز ؛ لأنَّ الأغْراضَ لا تَخْتَلِفُ باخْتِلافِ الأَعْيانِ . وإن شَرَط عليه أن لا يَنْتَقِلَ ، خُرِّج على الوَجْهَيْنِ فيما إذا شرَطَ فى الإجارَةِ أنْ لا يَسْتَوْفِىَ المَنْفَعَةَ بمِثْلِه[3] .

فصل : الشَّرْطُ الثالثُ ، أن يَرْمِيا غَرَضًا ، وهو ما يقَعُ فيه السَّهْمُ المُصِيبُ مِن جِلْدٍ أو وَرَقٍ أو نحوِه ، وإن قالا : السَّبَقُ لأبْعَدِنا رَمْيًا . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ القَصْدَ بالرَّمْيِ الإصابَةُ[4] لا الإبْعَادُ ، فلم يَجُزْ أخْذُ العِوَضِ عن غيرِ المَقْصُودِ .

والسُّنَّةُ أن يكونَ لهما غَرَضانِ فى هدَفَيْنِ مُتَقابِلَيْنِ يَرْمِيانِ مِن أحَدِهما الآخَرَ ، ثم يَرْمِيانِ مِن الآخَرِ الأوَّلَ ، فإنَّ أصْحابَ النبىِّ ﷺ كذلك كانوا يَرْمُونَ ، فرُوِىَ عن حُذَيْفَةَ وابنِ عُمَرَ أنَّهما كانَا يَشْتَدَّانِ بينَ الغَرَضَيْنِ إذا أصَابَ أحدُهما خَصْلَةً[5] . قال : أَنَا بها[6] . رواه

(١) بعده فى س ٢: « واحد » .

(٢) فى س ٢، ب : « فرس » .

(٣) فى ب : « بنفسه » .

(٤) بعده فى الأصل : « به » .

(٥) فى م : « خصمه » .

(٦) فى م : « لها فى قميص » . وزيادة : فى قميص . جاءت فى أثر حذيفة ، رضى الله عنه .

سعيدٌ[1]. ويُرْوَى: «إنَّ ما بينَ الهدَفَيْنِ رَوْضَةٌ مِن رِيَاضِ الجنَّةِ»[2].
والهدَفُ اسْمٌ لِما يُنْصَبُ الغَرَضُ فيه.

[٢٠٥ظ] **فصل**: الشَّرْطُ الرابِعُ، أن يكونَ قَدْرُ الغَرَضِ مَعْلُومًا طولُه وعرضُه وانخِفاضُه وارتِفاعُه؛ لأنَّ الإصابَةَ تختَلِفُ باخْتِلَافِه، فوَجَب عِلْمُه، كتَعْيِينِ النَّوْعِ.

فصل[3]: فإن أطْلَقا العَقْدَ، حُمِل على إصابَةِ أيِّ مَوْضِعٍ كان مِن الغَرَضِ، مِن أطْرَافِه وعُرَاه وغيرِها، وإن أصاب عِلَاقَتَه، لم يُحْسَبْ له؛ لأنَّ العِلَاقَةَ ما تَعَلَّقَ به، والغَرَضُ هو المُعَلَّقُ.

وإن شرَطَا إصابَةَ مَوْضِعٍ مِن الغَرَضِ، كالدَّارَةِ التى فى وَسَطِه، أو الخاتَمِ الذى فى الدَّارَةِ، لم يُحْتَسَبْ بإصابَةِ غيرِه.

ويُسْتَحَبُّ أن يَصِفَا الإصابَةَ، فيَقُولَا: خَواصِلُ. وهو اسْمٌ للإصابَةِ كيْفَما كانَتْ. أو: خَوازِقُ[4]. وهو ما ثَقَبَ الغرَضَ، أو: خَوَاسِقُ. وهو ما ثقَبَه وثَبَتَ فيه. أو: مَوارِقُ. وهو ما ثقَبَه ونفَذَ منه. أو: خَوَارِمُ. وهو ما قطَعَ طرَفَه. فإن أطْلَقَا الإصابَةَ حُمِل على الخَواصِلِ، والقرْعُ كالخصْلِ،

---

(١) فى: باب ما جاء فى الرمى وفضله، من كتاب الجهاد. سنن سعيد ابن منصور ٢/ ١٧٢، ١٧٣.

(٢) أخرجه الديلمى، فى: مسند فردوس الأخبار ٢/ ٦١.
وقال الحافظ: وإسناده ضعيف، مع انقطاعه. التلخيص الحبير ٤/ ١٦٤.

(٣) سقط من: الأصل.

(٤) فى النسخ عدا الأصل: «خوارق»، بالراء المهملة.

فإن أصابَ سَهْمًا فى الغَرَضِ قد غرِقَ[1] إلى فُوقِه ، حُسِبَ له ؛ لأنَّه لوْلَاه لوقَعَ السَّهْمُ فى الغَرَضِ ، وإن كان السَّهْمُ مُعَلَّقًا بنَصْلِه ، وباقِيه خارِجٌ مِن الغَرَضِ ، لم يُحْسَبْ له ولا عليه ؛ لأنَّ بَيْنَه وبينَ الغَرَضِ طولَ السَّهْمِ ، فلا يَدْرِى أكان يُصِيبُ أم لا ؟

فإن أطارَتِ الرِّيحُ الغَرَضَ ، فأصاب السَّهْمُ مَوْضِعَه ، حُسِب له ، وإن وَقَع فى الغَرَضِ فى المَوْضِعِ الذى انْتَقَلَ إليه ، حُسِب عليه فى الخَطَأ ؛ لأنَّه أخْطَأَ فى الرَّمْيِ ، وإنَّما أصابَ بفِعْلِ الرِّيحِ .

وإن عرَضَتْ رِيحٌ شدِيدَةٌ ، لم يُحْسَبْ[2] له السَّهْمُ فى إصابَةٍ ولا خَطَأٍ؛ لأنَّ ذلك مِن أجْلِ الرِّيحِ . فإن كانت لَيِّنَةً ، حُسِبَ[3] فى الإصابَةِ والخَطَأ ؛ لأنَّها لا تَمْنَعُ . وإن وَقَع السَّهْمُ دُونَ الغَرَضِ ، ثم ازْدَلَف فأَصَابَه ، حُسِبَ خاطِئًا ؛ لأنَّ هذا لسُوءِ رَمْيِه .

وإن عَرَض عارِضٌ ؛ مِن كَسْرِ قَوْسٍ ، أو انْقِطاعِ وَتَرٍ ، أو رِيحٍ فى يَدِه ، فأصاب ، حُسِب له ؛ لأنَّ إصابَتَه مع اخْتِلَالِ الآلَةِ أدَلُّ على حِذْقِه ، وإن أخْطَأَ لم يُحْسَبْ عليه ؛ لأنَّه للعارِضِ . وقال القاضى : لا يُحْسَبُ[4] له ؛ لأنَّه لا يُحْسَبُ[4] عليه فى الخَطَأ ، فلا يُحْسَبُ[4] له فى الإصابَةِ ، كما فى

---

(١) فى س ١، ب ، م : « عرق » . بالعين المهملة .

وفى حاشية ف : « قوله : غرق إلى فوقه . أى ثبت ودخل إلى موضع الوتر ، وفوق السهم موضع الوتر ، وقال ابن الأنبارى : الفوق يذكر ويؤنث ، فيقال : هو الفوق ، وهى الفوق ، وقد يؤنث بالهاء ، فيقال : فوقه . حكاه عنه فى المصباح ...» . وانظر المصباح المنير (ف و ق) .

(٢) فى س ٢: « يحتسب » .

(٣) بعده فى الأصل : « له » .

(٤) فى الأصل : « يحتسب » .

الرِّيحِ الشَّدِيدَةِ . وإنِ انْكَسر السَّهْمُ فوَقَع دُونَ الغَرَضِ ، لم يُحْسَبْ عليه ؛ لأنَّه لعارِضٍ ، وإن أصابَ بنَصْلِه ، حُسِب له ؛ لِما ذكَرْناه ، وإن أصاب بغيرِه ، لم يُحْسَبْ له[1] . وإنْ أغْرَقَ[2] الرَّامِى فى النَّزْعِ حتى أخْرَج السَّهْمَ مِن الجانبِ الآخَرِ ، احْتُسِبَ له وعليه ؛ لأنَّه لسُوءِ رَمْيِه أخْطَأ ، ولحِذْقِه أَصابَ ، ولأنَّ ما حُسِبَ عليه فى الخَطَأ حُسِبَ له فى الإصابَةِ كغيرِه . وإن مَرَّتْ بَهِيمَةٌ بينَ يدَيْه ، وتشَوَّش رَمْيُه ، لم يُحْسَبْ[3] عليه فى الخَطأ ؛ لأنَّه لذلك العارِضِ . وإن خرَقَه وأصابَ ، حُسِبَ له ؛ لأنَّ هذا لقُوَّةِ نَزْعِه ، وسَدَادِ رَمْيِه .

وإن شَرَطا الخَسْقَ ، فأَصابَ الغَرَضَ وثَبَت فيه ، حُسِب له ، فإن سَقَط بعدُ ، لم يُؤَثِّرْ ، كما لو نزَعَه إنْسانٌ[4] . وإن ثَقَب ولم يَثْبُتْ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا يُحْتَسَبُ له ؛ لأنَّ الخاسِقَ ما ثَبَت ، ولم يُوجَدْ . والثانى ، يُحْسَبُ له ؛ لأنَّه ثَقَب ما يصْلُحُ له ، فالظاهِرُ أنَّه لم يَثْبُتْ لعارِضٍ مِن سَعَةِ الثَّقْبِ ، أو غِلَظِ لَقِيه . وإن مَرَق منه ، حُسِبَ [٢٠٦و] له ؛ لأنَّه لقُوَّةِ رَمْيِه ، وإن خَدَشَه ولم يَثْبُتْ فيه لمانعٍ ؛ مِن حَجَرٍ ، أو غِلَظِ الأرْضِ ، فعلى الوَجْهَيْنِ ، لكنْ إن لم يُحْسَبْ[5] له ، (6 لم يُحْسَبْ عليه 6) ؛ لأنَّ

---

(١) فى الأصل : « عليه » .

(٢) فى س ١ ، م : « أعرق » ، وفى س ٢ : « أعرف » .

(٣) فى ب : « يحتسب » .

(٤) بعده فى س ٢ : « به » .

(٥) فى س ٢ : « يحتسب » .

(٦ - ٦) فى س ٢ : « يحتسب له » .

العارِضَ منَعَه، وإن لم يكنْ مانِعٌ، حُسِب عليه.

فإنِ اخْتلَفا فى العارِضِ، وعُلِم[1] مَوْضِعُ السَّهْمِ، وفيه مانِعٌ، فالقَوْلُ قَوْلُ صاحِبِ السَّهْمِ، وإلَّا فالقَوْلُ قَوْلُ رَسِيلِه[2]. ولا يَمِينَ؛ لأنَّ الحالَ تشْهَدُ بصِدْقِ المُدَّعِى. وإن لم يُعْلَمْ موضِعُ السَّهْمِ، ولم يُوجَدْ وراءَ الغَرَضِ مانِعٌ، فالقَوْلُ قولُ رَسِيلِه لذلكَ، وإن كانَ وراءَه مانِعٌ، فقالَ الرَّسِيلُ: لم يَثْقُبْ مَوْضِعَ المانِعِ. [3]أو أنْكَرَ[3] الثَّقْبَ، فالقَوْلُ قَوْلُه مع يَمِينِه؛ لأنَّ الأصْلَ عدَمُ ما يَدَّعِيه صاحِبُه، لكِنَّه مُحْتَمِلٌ، فأَحْلَفْناه لذلكَ. وإن كانَ فى الغَرَضِ خَرْقٌ، أو مَوْضِعٌ بالٍ، فوَقَع السَّهْمُ فيه، وثَبَت فى الهدَفِ، وكانَ صلابَتُه كصَلابَةِ الغَرَضِ، حُسِب له؛ لأنَّه لولا الخَرْقُ لثَبَت فى الغَرَضِ، وإن لم يكنْ كذلك، لم يُحْسَبْ له ولا عليه؛ لأنَّنا لا نعْلَمُ هل كان يثْبُتُ فى الغَرَضِ أمْ لا؟ وإن ثَبَت فى الهدَفِ، فوُجد فى نَصْلِه قِطْعَةٌ مِن الغَرَضِ، فقال الرَّامِى: هذا الجِلْدُ قَطَعه سَهْمِى لقُوَّتِه. وقال رَسِيلُه: بل هذه جِلْدَةٌ كانَتْ مُنْقَطِعَةً مِن قَبْلُ. فالقَوْلُ قولُ الرَّسِيلِ؛ لأنَّ الأَصْلَ عدَمُ الخَسْقِ.

فصل: الشَّرْطُ الخامِسُ، أن يكونَ مَدَى[4] الغَرَضِ معْلُومًا مُقَدَّرًا بما يُصِيبُ مِثْلُهما فى[5] مِثْلِه عادَةً؛ لأنَّ الإصابَةَ تخْتَلِفُ بالقُرْبِ والبُعْدِ،

---

(1) فى س ١، س ٢: «وعلى».

(2) الرسيل: الموافق فى النضال.

(٣ - ٣) فى الأصل: «وأنكر»، وفى م: «فأنكر».

(4) فى م: «مد».

(5) فى م: «و».

فاشْتُرِطَ العِلْمُ به ، كالنَّوْعِ ، وإنْ جَعَلَاه قَدْرًا لا يُصِيبانِ فى مِثْلِه ، أو لا يُصِيبَانِ إلَّا نادِرًا ، كالزَّائِدِ على ثَلَاثِمِائَةِ ذِرَاعٍ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّ الإصابَةَ تَنْدُرُ فى مِثْلِ هذا ، فيَفُوتُ الغَرَضُ .

فصل : الشَّرْطُ[1] السادِسُ ، أن يكونَ الرِّشْقُ معْلُومًا ، والرِّشْقُ بكَسْرِ الرَّاءِ : عدَدُ الرَّمْيِ ؛ لأنَّ الحِذْقَ فى الرَّمْيِ لا يُعْلَمُ إلَّا بذلك .

فصل : الشَّرْطُ السابِعُ ، أن يكونَ عدَدُ الإصابَةِ معْلُومًا ، كخَمْسَةٍ مِن عِشْرِينَ ونحوِها ، ويُعْتَبَرُ أن يكونَ إصابَةً لا يَنْدُرُ مِثْلُها ، فإن شَرَط إصابَةَ الجميعِ ، أو تِسْعَةٍ مِن عشَرَةٍ ، لم يصِحَّ ؛ لأنَّ هذا يَنْدُرُ ، فيَفُوتُ الغَرَضُ .

ويُسْتَحَبُّ أن يُبَيِّنا حُكْمَ الإصابَةِ ؛ هل هى مُبادَرَةٌ أو مُحاطَّةٌ[2] ؟ والمُبادَرَةُ أن يقولا : مَن سَبَق إلى إصابَتَيْنِ أو نحوِهما ، فهو السابِقُ . فأيُّهما سَبَق إليهما مع تَساوِيهما فى الرَّمْيِ ، فهو السابِقُ ، فإذا رَمَى كلُّ واحِدٍ[3] عشَرَةً ، فأصابَ أحدُهما إصابَتَيْنِ دُونَ الآخَرِ ، فهو السابِقُ . ولا يلْزَمُ إتْمامُ الرَّمْيِ ؛ لأَنَّ المَقْصُودَ قد حَصَل . وإن أصابَ كلُّ واحِدٍ منهما مِن العَشَرَةِ إصابَتَيْنِ ، فلا سابِقَ منهما[4] ، وبَطَل النِّضَالُ ؛ لأنَّ الزِّيادَةَ على عدَدِ الإصابَةِ غيرُ مُعْتَدٍّ بها ، فإن رَمَيا العِشْرِينَ ، فلم يُصِبْ واحِدٌ منهما إصابَتَيْنِ ، أو أَصَابَاها معًا ، فلا سابِقَ فيهما . وأمَّا

---

(١) زيادة من : الأصل ، م .

(٢) فى ف : « محاطة » .

(٣) فى الأصل ، ف : « منهما » .

(٤) فى الأصل ، ف : « فيهما » .

المُحَاطَّةُ[1] ، فهى أن يَشْتَرِطَا حَطَّ ما تَساوَيا فيه مِن الإصابَةِ ، ثم مَن فَضَل صاحِبَه بإصابَةٍ معْلُومَةٍ ، فقد سَبَق ، فإن شَرَط فَضْلَ ثَلاثِ إصابَاتٍ ، فرَمَيا خَمْسَةَ عشَرَ ، أصابَها أحدُهما كُلَّها ، وأخْطَأَها الآخرُ ، فالمُصِيبُ سابِقٌ . ولا يجِبُ إتْمامُ الرَّمْيِ ؛ لعَدَمِ الفائدَةِ فيه ؛ لأنَّ أكْثَرَ ما يَحْتَمِلُ أن [٢٠٦ظ] يُصِيبَ المُخْطِئُ الخَمْسَةَ الباقِيَةَ ، ويُخْطِئَها الأَوَّلُ ، ولا يَخْرُجُ الثانِى بذلك عن كَوْنِه مَسْبُوقًا ، وإن كان فى إتْمامِه فائدَةٌ - مِثْلَ أن يكونَ الثانِي أصاب مِن الخَمْسَةَ عَشَرَ تِسْعَةً ، فإذا أصابَ الخَمْسَةَ الباقِيَةَ ، وأَخْطَأَها الأَوَّلُ ، لم يكنْ مَسْبُوقًا - وَجَب إتْمامُ الرَّمْيِ .

فإن أطْلَقا العَقْدَ ، انْصَرف إلى المُبادَرَةِ ؛ لأنَّ العَقْدَ على المُسابَقَةِ ، والبَادِرُ سابِقٌ . ذَكَر هذا القاضى . وقال أبو الخَطَّابِ : يُشْتَرَطُ بيانُ ذلك فى المُسابَقَةِ ؛ لأنَّ الغَرَضَ يَخْتَلِفُ به ، فمِن الناسِ مَن تَكْثُرُ إصابَتُه فى الأَوَّلِ دُونَ الثانِى ، فوَجَب اشْتِراطُه ، كقَدْرِ مَدَى الغَرَضِ .

فصل : الشَّرْطُ[2] الثامِنُ ، التَّسْوِيَةُ بينَ المُتَناضِلَيْن فى عَدَدِ الرِّشْقِ والإصابَةِ وصِفَتِها ، وسائرِ أحْوالِ الرَّمْيِ ، فإن تَفاضَلا فى شىءٍ منه ، أو شَرَطا أن يكونَ فى يَدِ أحَدِهما مِن السِّهامِ أكْثَرُ ، [3]أو أن يَرْمِىَ[3] أحدُهما والشَّمْسُ فى وَجْهِه ، أو يُحْسَبَ له خاصِلٌ بخَاسِقٍ ، أو يُحْسَبَ عليه سَهْمٌ خاطِئٌ ، لم يصِحَّ ؛ لأنَّ القَصْدَ مَعْرِفَةُ حِذْقِهما ، ولا يُعْرَفُ مع

---

(١) فى ف : « المحاطة » .

(٢) زيادة من : م .

(٣ - ٣) فى الأصل : « من رمى » .

الاخْتِلافِ ؛ لأَنَّه رُبَّما نَضَلَه[1] بشَرْطِه لا بحِذْقِه . وإن شَرَطا أن يُحْسَبَ خاسِقُ كُلِّ واحِدٍ منهما بخَاصِلَيْنِ ، أو أن[2] يُسْقِطَ القَرِيبُ مِن إصابَةِ أحَدِهما ما هو أبْعَدُ منها مِن رَمْيِ الآخَرِ ، فمَن فَضَل بَعْدُ بثَلاثِ إصَابَاتٍ فهو السابِقُ ، صَحَّ[3] ؛ لأَنَّه لا فَضْلَ لأحَدِهما فى عَدَدٍ ولا صِفَةٍ ، وهذه نَوْعُ مُحَاطَّةٍ[4] ، فصَحَّتْ ، كاشْتِرَاطِ حَطِّ ما تَساوَيَا فيه .

فصل : وإن كان الرُّمَاةُ حِزْبَيْنِ ، اشْتُرِط كَوْنُ الرِّشْقِ يُمْكِنُ قِسْمَتُه عليهم ؛ إن كان كُلُّ حِزْبٍ ثلاثَةً ، وَجَب أن يكونَ له ثُلُثٌ صَحِيحٌ ؛ لأنَّه يجِبُ التَّسْوِيَةُ بينَهم[5] فى عدَدِ الرَّمْيِ ، ولا يُمْكِنُ إلَّا بذلك ، فوَجَب . وإذا نَضَلَ[6] أحدُ الحزْبَيْنِ صاحِبَه ، فالجُعْلُ بينَ النَّاضِلِينَ ، سَواءٌ مَن أصابَ ومَن لم يُصِبْ . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ بَيْنَهم[5] على قَدْرِ إصَابَاتِهم ؛ لأَنَّهم بها يَسْتَحِقُّونَ . والجُعْلُ على المَنْضُولِينَ بالسَّوِيَّةِ ، وَجْهًا واحدًا ؛ لأَنَّه لَزِمَهم بالْتِزامِهم لا بإصابَتِهم ، بخِلافِ النَّاضِلِينَ .

فصل : فإن كان فى أحَدِ الحِزْبَيْنِ مَن لا يُحْسِنُ الرَّمْىَ ، بَطَل العَقْدُ فيه ؛ لأَنَّها لا تَنْعَقِدُ على مَن لا يُحْسِنُ الرَّمْىَ ، ويُخْرَجُ مِن الحِزْبِ الآخَرِ

---

(1) فى م : « فضله » .

(2) سقط من : الأصل ، م .

(3) سقط من : م .

(4) فى ف : « محاطة » .

(5) فى م : « بينهما » .

(6) فى الأصل : « فضل » .

بإزائِه ، كما إذا بَطَل البيعُ فى بَعْضِ المَبِيعِ ، بَطَل فى ثَمَنِه . وهل يَبْطُلُ العَقْدُ فى الباقِينَ ؟ على وَجْهَيْنِ ؛ بِناءً على تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ . فإن قُلْنا : لا يَبْطُلُ . فلهم الخِيارُ فى الفَسْخِ والإِمْضَاءِ ؛ لأَنَّ الصَّفْقَةَ تفرَّقَتْ عليهم . فإنِ اخْتَارُوا إمْضَاءَه ، ورَضُوا بمَن يَخْرُجُ بإزائِه ، وإلَّا انْفَسَخَ العَقْدُ .

فصل : ويَرْمِى واحِدٌ بعدَ الآخَرِ ؛ لأَنَّ رَمْيَهما معًا[1] يُفْضِى إلى النِّزاعِ[2] والجَهْلِ بالمُصِيبِ . فإنِ اتَّفَقا على المُبْتَدِئَ منهما ، جازَ . وإن كان بَيْنَهما شَرْطٌ ، عُمِلَ به . وإنِ اخْتَلَفا ولا شَرْطَ بَيْنَهما ، قُدِّمَ المُخْرِجُ ، [3]فإن كان المُخْرِجُ[3] غيرَهما ، اخْتارَ منهما ، فإن لم يَخْتَرْ أُقْرِعَ بينَهما . وإذا بَدَأ أحدُهما فى وَجْهٍ ، بَدَأ الآخَرُ فى الثانِى ؛ تَعْدِيلًا بينَهما . فإن شَرَطا البِدَايَةَ لأَحَدِهما [٢٠٧و] فى كُلِّ الوُجُوهِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأَنَّه تَفْضِيلٌ ، وإن فَعَلاه بغيرِ شَرْطٍ ، جازَ ؛ لأَنَّه لا أَثَرَ له فى إصابَةٍ ، ولا تَجْوِيدِ رَمْيٍ . ويَرْمِيانِ مُرَاسَلَةً ، سَهْمًا وسَهْمًا ، أو سَهْمَيْنِ وسَهْمَيْنِ . وإنِ اتَّفَقا على غيرِ هذا ، جاز ؛ لعَدَمِ تأْثِيرِه فى مَقْصُودِ المُناضَلَةِ .

فصل : وإن ماتَ أحدُ الرَّامِيَيْنِ[4] ، أو ذهَبَتْ يَدُه ، بَطَل العَقْدُ ؛ لأَنَّ المَعْقُودَ عليه تَلِف ، فأَشْبَهَ مَوْتَ الفَرَسِ فى السِّبَاقِ . وإن مَرِض أو رَمِد ، لم تَبْطُلْ ؛ لأَنَّه يُمْكِنُ الاسْتِيفَاءُ بعدَ زَوَالِ العُذْرِ ، وله الفَسْخُ ؛ لأَنَّ فيه تأْخِيرَ

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « التنازع » .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) فى م : « الرامين » .

المَعْقُودِ عليه ، فمَلَكَ الفَسْخَ ، كالإجارَةِ . وإن عَرَض مَطَرٌ ، أو رِيحٌ ، أو ظُلْمَةٌ ، أُخِّر إلى زَوَالِ العارِضِ . وإن أرادَ أحدُهما التَّأْخِيرَ لغيرِ عُذْرٍ ، فله ذلك ، إن قُلْنا : هي جَعَالَةٌ . لأَنَّها جائزَةٌ . وليس له ذلك إن قُلْنا : هي إجارَةٌ .

ويُكْرَهُ للأَمِينِ مَدْحُ أحَدِهما أو زَجْرُه ؛ لأَنَّ فيه كَسْرَ قَلْبِه أو قَلْبِ صاحِبِه .

بَابُ اللُّقَطَةِ

وهى المالُ الضائِعُ عن رَبِّه .

وهو[1] ضَرْبانِ ؛ ضالٌّ وغيرُه ، فأمَّا غيرُ الضَّالِّ ، فيَجُوزُ التِقاطُه بالإِجْماعِ . وهو نَوْعان ؛ يَسِيرٌ يُباحُ التَّصَرُّفُ فيه بغيرِ تَعْرِيفٍ ؛ لِما رَوَى جابِرٌ قال : رَخَّصَ لَنا رسولُ اللَّهِ ﷺ فى العَصا والسَّوْطِ والحَبْلِ وأَشْباهِه يَلْتَقِطُه الرَّجُلُ يَنْتَفِعُ به . رَواه أبو داودَ[2] .

ولا تَحْدِيدَ فى اليَسِيرِ ، إلَّا أنَّه يَنْبَغِى أن يُعْفَى عَمَّا رَخَّصَ فيه النبىُّ ﷺ فى الحدِيثِ وشِبْهِه . وقال أحمدُ : ما كانَ مِثْلَ التَّمْرَةِ ، والكِسْرَةِ ، والخِرْقَةِ ، وما لَا خَطَرَ له ، فلا بَأْسَ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَجِبَ تَعْرِيفُ ما لا يُقْطَعُ فيه السّارِقُ ؛ لأنَّه تافِهٌ . قالَتْ عائشَةُ ، رَضِىَ اللَّهُ عنها : كانُوا لا يَقْطَعُونَ فى الشىءِ التّافِهِ[3] .

والنَّوْعُ الثانِى ، الكَثِيرُ . فظاهِرُ كلامِ أحمدَ ، أنَّ تَرْكَ الْتِقاطِه أفْضَلُ ؛

---

(١) فى م : « هى » .

(٢) فى : كتاب اللقطة . سنن أبى داود ١/ ٣٩٩.

كما أخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى ٦/ ١٩٥. وقال البيهقى : فى رفع هذا الحديث شك ، وفى إسناده ضعف . وانظر : الإرواء ٦/ ١٥.

(٣) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٩/ ٤٧٦، ٤٧٧.

لأَنَّه أسْلَمُ مِن خَطَرِ التَّفْرِيطِ وتضْيِيعِ الواجِبِ مِن التَّعْرِيفِ ، فأَشْبَهَ وِلايَةَ اليَتِيمِ . واخْتارَ أبو الخطّابِ أَنَّ[1] أَخْذَه أفْضَلُ إذا وَجَده بمَضْيَعَةٍ[2] ، وأَمِنَ نَفْسَه عليه ؛ لِما فيه مِن حِفْظِ مالِ المُسْلِمِ ، فكان أوْلَى ، كتخليصِه مِن الغَرَقِ . ولا يَجِبُ أخْذُه ؛ لأَنَّه أمانةٌ ، فلم يَجِبْ ، كالوَدِيعَةِ . ومَن لم يَأْمَنْ نفْسَه عليه ، ويَقْوَ على أداءِ الواجِبِ فيه[3] ، لم يَجُزْ له أخْذُه ؛ لأَنَّه تَضْيِيعٌ لمالِ غيرِه ، فحَرُمَ ، كإتْلافِه .

فصل : إذا أَخَذها ، عَرَف عِفاصَها ، وهو وِعَاؤُها ، وَوِكاءَها[4] ، وهو الذى تُشَدُّ به ، وجِنْسَها وقَدْرَها ؛ لِما روى زَيْدُ بنُ خالِدٍ الجُهَنِيُّ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، قال : سُئِلَ رسولُ اللَّهِ ﷺ عن لُقَطَةِ الذَّهَبِ والوَرِقِ ، فقال : « اعْرِفْ وِكَاءَها وعِفَاصَها ، ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً ، فإنْ لم تُعْرَفْ ، فَاسْتَنْفِقْهَا ، وَلْتَكُنْ وَدِيعَةً عِنْدَكَ ، فَإِنْ جَاءَ طَالِبُهَا يَوْمًا مِن الدَّهْرِ ، فَادْفَعْهَا إِلَيْهِ » . مُتَّفَقٌ عليه[5] . نَصَّ على الوِكَاءِ [٢٠٧ظ] والعِفَاصِ ، وقِسْنَا عليهما القَدْرَ

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى الأصل : « بضيعة » .

(٣) سقط من : م .

(٤) فى الأصل ، ف ، ب : « وكاؤها » .

(٥) أخرجه البخارى ، فى : باب الغضب فى الموعظة والتعليم ... ، من كتاب العلم ، وفى : باب شرب الناس والدواب من الأنهار ، من كتاب المساقاة ، وفى : باب ضالة الإبل ، وباب ضالة الغنم ، وباب إذا لم يوجد صاحب اللقطة ... ، وباب إذا جاء صاحب اللقطة ... ، وباب من عرف اللقطة ولم يدفعها ... ، من كتاب اللقطة ، وفى : باب ما يجوز من الغضب والشدة ... ، من كتاب الأدب . صحيح البخارى ١/ ٣٤، ٣/ ١٤٩، ١٦٣، ١٦٥، ١٦٦، ٨/ ٣٤.
ومسلم ، فى : كتاب اللقطة . صحيح مسلم ٣/ ١٣٤٦ - ١٣٤٩. =

والجِنْسَ ، ولأنَّه إذا عَرَف هذه الأَشْياءَ ، لم تَخْتَلِطْ بغيرِها ، وعَرَف بذلك صِدْقَ مُدَّعِيها أو كَذِبَه . وإنْ أَخَّرَ معْرِفَةَ صِفَتِها إلى مَجِيءِ مُدَّعِيها ، أو تَصَرُّفِه فيها ، جاز ؛ لأنَّ المَقْصُودَ يحْصُلُ ، وقد جاءَ ذلك فى حديثِ أُبَيٍّ[1] . ولا يَحِلُّ له التَّصَرُّفُ فيها إلَّا بعدَ مَعْرِفَةِ صِفَتِها ؛ لأنَّ عَيْنَها تذْهَبُ ، فلا يُعْلَمُ صِدْقُ مُدَّعِيها إلَّا مِن حِفْظِ صِفَتِها .

ويُسْتَحَبُّ أنْ يُشْهِدَ عليها[2] . نَصَّ عليه ؛ لِما رَوَى عِيَاضُ بنُ حِمَارٍ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، أنَّ النبيَّ ﷺ قال : « مَنْ وَجَدَ لُقَطَةً فَلْيُشْهِدْ ذَا عَدْلٍ – أو ذَوَىْ عَدْلٍ – ولَا يَكْتُمْ ولَا يُغَيِّبْ » . رَواه أبو داودَ[3] . ولأنَّ فيه حِفْظَها

= كما أخرجه أبو داود ، فى : كتاب اللقطة . سنن أبى داود ١/ ٣٩٥، ٣٩٦. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى اللقطة وضالة الإبل والغنم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/ ١٣٦. وابن ماجه ، فى : باب ضالة الإبل والبقر والغنم ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٢/ ٨٣٧، ٨٣٨. والإمام مالك ، فى : باب القضاء فى اللقطة ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢/ ٧٥٧. والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/ ١١٥، ١١٧.

(١) سقط من : الأصل .

والحديث أخرجه البخارى ، فى : باب وإذا أخبره رب اللقطة بالعلامة دفع إليه ، وباب هل يأخذ اللقطة ولا يدعها تضيع ...، من كتاب اللقطة . صحيح البخارى ٣/ ١٦٢، ١٦٥، ١٦٦. ومسلم ، فى : كتاب اللقطة . صحيح مسلم ٣/ ١٣٥٠، ١٣٥١. وأبو داود ، فى : كتاب اللقطة . سنن أبى داود ١/ ٣٩٥. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى اللقطة وضالة الإبل والغنم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/ ١٤١. والنسائى ، فى : باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر أبى بن كعب فى اللقطة ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ٣/ ٤٢١ – ٤٢٣. وابن ماجه ، فى : باب اللقطة ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٢/ ٨٣٧. والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/ ١٢٦.

(٢) فى م : « عليه » .

(٣) فى : كتاب اللقطة . سنن أبى داود ١/ ٣٩٧. =

مِن ورَثَتِه إن ماتَ ، وغُرَمائِه إن أفْلَسَ ، وصِيانَته مِن الطَّمَعِ فيها . ولا يجِبُ [(1)] ذلك ؛ لترْكِه [1)] فى حديثِ زَيْدٍ ، ولأنَّها أمانَةٌ ، فلا يَجِبُ الإِشْهَادُ عليها ، كالوَدِيعَةِ . قال أحمدُ : ولا يُبيِّنُ فى الإِشْهَادِ كم هِىَ ، لكنْ يقولُ : أَصَبْتُ لُقَطَةً .

فصل : ويَجِبُ تعْرِيفُها ؛ لأَمْرِ النبىِّ ﷺ به [(2)] ، ولأَنَّه طَرِيقُ وُصُولِها إلى صاحبِها ، فوَجَب ، كحِفْظِها . ويجِبُ التَّعْرِيفُ حَوْلًا مِن حينِ الْتِقاطِها مُتوالِيًا ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ أمَرَ به عندَ وِجْدَانِها ، والأمْرُ يقْتَضِى الفَوْرَ ، ولأنَّ الغَرَضَ وُصُولُ الخَبَرِ ، وظُهورُ أمْرِها ، وإنَّما يحْصُلُ بذلك ؛ لأنَّ صاحِبَها إنَّما يَطْلُبُها عَقِيبَ ضَياعِها .

ويكونُ التَّعْرِيفُ فى مَجامِعِ الناسِ ؛ كالأَسْوَاقِ ، وأبْوابِ المساجِدِ ، وأوْقاتِ الصَّلَواتِ ؛ لأنَّ المَقْصُودَ إشاعَةُ أمْرِها ، وهذا طَرِيقُه ، ويُكْثِرُ منه فى مَوْضِعِ وِجْدَانِها ، وفى الوَقْتِ الذى يَلِى الْتِقاطَها ، ولا يُعَرِّفُها فى المَسْجِدِ ؛ لقَوْلِ رسولِ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ سَمِعَ رَجُلًا يَنْشُدُ ضَالَّةً فى المَسْجِدِ فَلْيَقُلْ : لَا رَدَّهَا اللَّهُ [(3)] عَلَيْكَ . فإنَّ المَسَاجِدَ لم تُبْنَ لهذا » . [(4)] رواه مسلمٌ [4)] .

= كما أخرجه النسائى ، فى : باب الإشهاد على اللقطة ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ٣/ ٤١٨. وابن ماجه ، فى : باب اللقطة ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٢/ ٨٣٧. والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/ ١٦٢، ٢٦٦.

(١ - ١) فى الأصل : « لذلك تركه » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) بعده فى الأصل ، ب ، م : « تعالى » .

(٤ - ٤) سقط من : س ٢، م .

=

ويقولُ : مَن ضَاعَ منه كذا . يذْكُرُ جِنْسَها ، أو يقولُ : شيءٌ . ولا يَزِيدُ في صِفَتِها ؛ لِئَلَّا يُفَوِّتَ طرِيقَ مَعْرِفَةِ صاحِبِها .

وأُجْرَةُ المُعَرِّفِ على المُلْتَقِطِ ؛ لأنَّ التَّعْرِيفَ عليه ، ولأنَّه سببُ تَمَلُّكِها ، فكان على مُتَمَلِّكِها . قال أبو الخَطَّابِ : إنِ الْتَقَطَها للحِفْظِ لصاحِبِها لا غيرُ ، فالأُجْرَةُ على مَالِكِها ، يرْجِعُ بها عليه . وقالَه ابنُ عَقِيلٍ فيما لا يُمْلَكُ بالتَّعْرِيفِ .

فصل : فإذا جاءَ مُدَّعِيها ، فوَصَفَها بصِفاتِها المذْكُورَةِ ، لَزِمَ[1] دَفْعُها إليه ؛ لأمْرِ النبيِّ ﷺ به ، ولأنَّها[2] لو لم تُدْفَعْ[3] بالصِّفَةِ ، لتَعذَّرَ وُصولُ صاحِبِها إليها ، لتعَذُّرِ إقامَةِ البَيِّنَةِ . فإن وَصَفَها اثْنانِ ، أُقْرِعَ بينَهما ، فمَن قَرَع صاحِبَه ، حَلَف وسُلِّمَت إليه ، كما لو ادَّعَى الوَدِيعَةَ اثْنانِ . وقال أبو الخَطّابِ : تُقْسَمُ بينَهما . وإن وصَفها أحدُهما ، وللآخَرِ بَيِّنَةٌ ، قُدِّمَ ذُو البَيِّنَةِ ؛ لأنَّها أقْوَى مِن الوَصْفِ ، فإن كان الواصِفُ سَبَق فأَخَذَها ، نُزِعَت

= والحديث أخرجه مسلم ، في : باب النهى عن نشد الضالة فى المسجد ...، من كتاب المساجد ومواضع الصلاة . صحيح مسلم ١/ ٣٩٧.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب كراهية إنشاد الضالة فى المسجد ، من كتاب الصلاة . سنن أبى داود ١/ ١١١. وابن ماجه ، فى : باب النهى عن إنشاد الضوال فى المسجد ، من كتاب المساجد والجماعات . سنن ابن ماجه ١/ ٢٥٢. والدارمى ، فى : باب النهى عن استنشاد الضالة فى المسجد ... من كتاب الصلاة . سنن الدارمى ١/ ٣٢٦. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٣٤٩، ٤٢٠.

(١) فى ب : « لزمه » .

(٢) فى ف : « لأنه » .

(٣) فى س ١، ف : « يدفع » .

منه ، وإن تَلِفت في يَدِه ، فلصاحِبِها تَضْمِينُ مَن شاءَ منهما ؛ لأَنَّ الواصِفَ أَخَذ مالَ [٢٠٨و] غيرِه بغيرِ إذْنِه ، والمُلْتَقِطَ دَفعه إليه بغيرِ إذْنِ مالِكِه ، ويَسْتَقِرُّ الضَّمانُ على الواصِفِ ؛ لأَنَّ التَّلَفَ حَصَل[1] في يَدِه ، فإن ضَمِن ، لم يَرْجِعْ على أحَدٍ ، وإن ضَمِنَ المُلْتَقِطُ رَجَعَ[2] عليه ، إلَّا أن يكونَ المُلْتَقِطُ دَفَعَها إليه[3] بحُكْمِ حاكِمٍ ، فلا يَضْمَنُ ؛ لأَنَّها تُؤْخَذُ منه قَهْرًا . وإن أَتْلَفَها المُلْتَقِطُ ، فغَرَّمَه الواصِفُ عِوَضَها ، ثم جاءَ صاحِبُ البَيِّنَةِ ، لم يَرْجِعْ إلَّا على المُلْتَقِطِ ؛ لأَنَّ الواصِفَ إنَّما أَخَذ مالَ المُلْتَقِطِ ولم يأْخُذِ اللُّقَطَةَ ، ثم يَرْجِعُ المُلْتَقِطُ على الواصِفِ .

فصل : وإن لم تُعْرَفْ ، دَخَلت في مِلْكِ المُلْتَقِطِ عندَ[4] الحَوْلِ حُكْمًا ، كالميراثِ ؛ لقولِ النبيِّ ﷺ في حديثِ زَيدٍ : « فإن[5] لم تُعْرَفْ[6] فَاسْتَنْفِقْهَا »[7] . وفي لَفْظٍ : « وَإِلَّا فَهِيَ كَسَبِيلِ مَالِكَ »[8] . ولأَنَّه كَسْبُ مالٍ بفِعْلٍ ، فلم يُعْتَبَرْ فيه اخْتِيارُ التَّمَلُّكِ[9] ، كالصَّيْدِ . واخْتار أبو الخَطَّابِ أنَّه لا يَمْلِكُها إلَّا باخْتِيارِه ؛ لأَنَّه تَمَلُّكُ مَالٍ ببَدَلٍ ، فاعْتُبِرَ فيه اخْتِيارُ

---

(١) سقط من : الأصل ، س ١ ، م .

(٢) في الأصل : « ورجع » .

(٣) زيادة من : ف .

(٤) في م : « بعد » . وانظر : الإنصاف مع المقنع والشرح الكبير ١٦/ ٢٣٧ .

(٥) في الأصل ، س ١ ، س ٢ ، ب ، م : « وإن » .

(٦) في س ١ : « يعرف » .

(٧) تقدم تخريجه في صفحة ٤٤٨ ، ٤٤٩ .

(٨) هذا اللفظ من حديث أبي بن كعب المتقدم في صفحة ٤٤٩ .

(٩) في م : « التمليك » .

التَّمَلُّكِ[1] ، كالبَيْعِ .

والغَنِيُّ والفَقِيرُ[2] سَواءٌ فى هذا ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ لم يُفرِّقْ ، ولأنَّه تَملُّكُ مَالٍ بعِوَضٍ ، أَشْبَهَ البَيْعَ .

فصل : وما جاز التِقاطُه ووَجَب تعْرِيفُه ، مُلِكَ به . نَصَّ عليه أحمدُ فى الصَّيَّادِ يقَعُ فى شبَكَتِه الكِيسُ[3] والنُّحاسُ : يُعَرِّفُه سنَةً ، فإن جاء صاحِبُه ، وإلَّا فهو كسائرِ مالِه . وهذا ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ . وقال أَكْثَرُ أصْحابِنا : لا يُمْلَكُ غيرُ الأَثْمانِ ؛ لأَنَّ الخَبَرَ ورَدَ فيها ، ومِثْلُها لا[4] يقُومُ مَقامَها مِن كُلِّ وَجْهٍ ؛ لعَدَمِ تعَلُّقِ الغَرَضِ بعَيْنِها ، فلا يُقَاسُ عليها غيرُها . قال أبو بكرٍ : ويُعَرِّفُها أبَدًا . [5]وقال القاضى : هو مُخَيَّرٌ بينَ ذلك وبينَ دَفْعِها إلى الحاكِمِ . وقال الخَلَّالُ : كلُّ مَن روَى عن أبى عبدِ اللَّهِ ، أنَّه يُعَرِّفُه[6] سَنَةً ، ثم يتَصَدَّقُ به[7] ، والذى نَقَلَ عنه أنَّه يُعَرِّفُها أبَدًا[5] ، قَوْلٌ قَدِيمٌ رَجَع عنه . والأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِما روَى عَمْرُو بنُ شُعَيْبٍ ، عن أَبِيه ، عن جَدِّه قال : أَتَى رجلٌ رسولَ اللَّهِ ﷺ فقال : يا رسولَ اللَّهِ ، كيفَ تَرَى فى مَتَاعٍ يُوجَدُ فى الطَّرِيقِ[8]

---

(1) فى ف : « التمليك » .

(2) فى الأصل : « الفقر » .

(3) فى ف : « المكيس » .

(4) سقط من : الأصل ، س ٢.

(٥ - ٥) سقط من : الأصل .

(6) فى م : « يعرفها » .

(7) فى م : « بها » .

(8) فى الأصل : « طريق » .

المِيتاءِ[1] ، أو فى قَرْيَةٍ مَسْكُونَةٍ ؟ قال : « عَرِّفْهُ سَنَةً ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُه ، وإلَّا فَشَأْنُكَ به » . رَواه الأَثْرَمُ[2] . وقال عُمَرُ بنُ الخَطَّابِ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، فى عَيْبَةٍ[3] : عَرِّفْهَا سنَةً ، فإنْ عُرِفَتْ ، وإلَّا فهى لكَ ، أَمَرنا بذلك رسولُ اللَّهِ ﷺ[4] . ولأَنَّه مالٌ يجوزُ التِقاطُه ، ويجِبُ تعْرِيفُه ، فمُلِكَ به ، كالأَثْمانِ . وقد دَلَّ الخَبَرُ على جَوازِ أخْذِ الغَنَمِ مع تعَلُّقِ الغَرَضِ بعَيْنِها ، فيُقاسُ عليها غيرُها .

فصل : ولُقَطَةُ الحَرَمِ تُمْلَكُ بالتَّعْرِيفِ فى ظاهِرِ كلامِه ؛ لظاهِرِ الخَبَرِ ، ولأنَّه أحَدُ الحَرَمَيْنِ ، أَشْبَهَ المدِينَةَ . وعنه ، لا تُمْلَكُ[5] بحَالٍ ، ويَجِبُ تعْرِيفُها أبَدًا أوْ[6] يَدْفَعُها إلى الحاكمِ ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ فى مَكَّةَ : « لَا تَحِلُّ سَاقِطَتُهَا إلَّا لمُنْشِدٍ[7] » . مُتَّفَقٌ عليه[8] .

---

(١) الميتاء : الطريق العامر المسلوك . غريب الحديث لأبى عبيد ٢/ ٢٠٤.

(٢) وأخرجه ابن خزيمة ، فى : صحيحه ٤/ ٤٧. وابن الجارود ، فى : المنتقى ٢٥٦. والدارقطنى ، فى : سننه ٤/ ٢٣٦. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٤/ ١٥٣. وانظر إسناد الأثرم فى : المغنى ٨/ ٣٠٣.

(٣) بعده فى م : « والعيبة : هى وعاء من أدم توضع فيه الثياب » .

(٤) أخرجه النسائى ، فى : باب ذكر الاختلاف على الوليد بن كثير ....، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ٣/ ٤٢١. والطحاوى ، فى : باب اللقطة والضوال ، من كتاب الإجارات . شرح معانى الآثار ٤/ ١٣٧، ١٣٨.

(٥) فى الأصل ، ف : « يملك » .

(٦) فى س ٢: « و » .

(٧) المنشد : المُعَرِّف . غريب الحديث لأبى عبيد ٢/ ١٣٣.

(٨) أخرجه البخارى ، فى : باب كيف تعرف لقطة أهل مكة ، من كتاب اللقطة ، وفى : باب وقال الليث : حدثنى يونس ....، من كتاب المغازى ، وفى : باب من قتل له قتيل فهو بخير =

فصل : واللُّقَطَةُ مع المُلْتَقِطِ قبلَ تَمَلُّكِها أمَانَةٌ ، عليه حِفْظُها بما يَحْفَظُ به الوَدِيعَةَ ، وإن رَدَّها إلى مَوْضِعِها ، ضَمِنَها ؛ لأنَّه ضَيَّعَها[1] ، وإن تَلِفَتْ بغيرِ تَفْرِيطٍ ، لم يَضْمَنْها ؛ لقَوْلِ رسولِ اللَّهِ ﷺ : « وَلْتَكُنْ وَدِيعَةً عِنْدَكَ »[2] . ولأنَّه يَحْفَظُها لصاحِبِها بإذْنِ الشَّرْعِ ، أَشْبَهَ الوَدِيعَةَ .

وإن جاءَ صاحِبُها ، أَخَذَها بزِيَادَتِها المُتَّصِلَةِ والمُنْفَصِلَةِ ؛ لأَنَّها مِلْكُه . وإن جاء بعدَ [٢٠٨ظ] تَمَلُّكِها ، أخذَها أيضًا[3] ؛ لقَوْلِ النبيِّ ﷺ : « فإنْ جَاءَ طَالِبُهَا يَوْمًا مِنَ الدَّهْرِ ، فَأَدِّها[4] إلَيْهِ » . ويأْخُذُها بزِيَادَتِها المُتَّصِلةِ ؛ لأَنَّها تَتْبَعُ فى الفُسوخِ . وزِيادَتُها المنْفَصِلَةُ بعدَ تَمَلُّكِها لِلْمُلْتَقِطِها ؛ لأنَّها حَدَثَتْ على مِلْكِه ، فأَشْبَهَ نَماءَ المَبِيعِ فى يَدِ المُشْتَرِى ، فإن تَلِفَت بعدَ تَمَلُّكِها ، ضَمِنَها ؛ لأنَّها تَلِفَتْ مِن مَالِه ، وإن نقَصَت بعدَ التَّمَلُّكِ[5] ، فعليه أَرْشُ نَقْصِها . وإن باعَها أو وَهَبها بعدَ تَمَلُّكِها ، صَحَّ ؛ لأنَّه تصَرُّفٌ صادَفَ

= النظرين ، من كتاب الديات . صحيح البخارى ٣/ ١٦٤، ١٦٥، ٥/ ١٩٤، ٩/ ٦. ومسلم ، فى : باب تحريم مكة وصيدها وخلاها ....، من كتاب الحج . صحيح مسلم ٢/ ٩٨٨، ٩٨٩.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب تحريم حرم مكة ، من كتاب المناسك . سنن أبى داود ١/ ٤٦٥. والنسائى ، فى : باب النهى أن ينفر صيد الحرم ، من كتاب المناسك . المجتبى ٥/ ١٦٦. وابن ماجه ، فى : باب فضل مكة ، من كتاب المناسك . سنن ابن ماجه ٢/ ١٠٣٨. والدارمى ، فى : باب النهى عن لقطة الحاج ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/ ٢٦٥. والإمام أحمد ، فى : المسند ١/ ٣١٨، ٣٤٨، ٢/ ٢٣٨.

(١) فى الأصل : « من تضيعها » .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٤٨ ، ٤٤٩، من حديث زيد بن خالد .

(٣) سقط من : م .

(٤) فى م : « فادفعها » .

(٥) فى ف : « التمليك » .

مِلْكه ، فإن جاءَ صاحِبُها فى مُدَّةِ الخِيَارِ ، وَجَب فَسْخُ البَيْعِ ورَدُّها إليه ؛ لأنَّه يَسْتَحِقُّ العَيْنَ ، وقد أمْكَنَ رَدُّها إليه ، وإن جاءَ بعدَ لُزومِ البيعِ ، فهو كتَلَفِها ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ رَدُّها .

فصل : الضَّرْبُ الثانى ، الضَّوَالُّ ، وهى الحيَوانَاتُ الضائعَةُ ، وهى نَوْعانِ ؛ أحدُهما ، ما يَمْتَنِعُ مِن صِغارِ السِّباعِ ؛ إمّا بقُوَّتِه[1] ، كالإبِلِ والخَيْلِ ، أو بجَناحِه ، كالطَّيْرِ ، أو بسُرْعَتِه ، كالظِّباءِ ، أو بنَابِه ، كالفَهْدِ ، فلا يجوزُ الْتِقَاطُه ؛ لِما روَى زَيْدُ بنُ خَالِدٍ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، أنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ سُئِلَ عن ضَالَّةِ الإبِلِ ، فقالَ : « مَا لَكَ وَلَها ، دَعْهَا فإنَّ مَعَهَا حِذَاءَها وسِقَاءَها ، تَرِدُ المَاءَ وتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَجِدَهَا رَبُّهَا » . مُتَّفَقٌ عليه[2] .

وللإمامِ أخْذُها ليَحْفَظَها لأَرْبابِها ؛ لأَنَّ للإمامِ[3] وِلايَةً فى حِفْظِ أمْوالِ المُسْلِمينَ ، ولهذا كان لعُمَرَ حَظِيرَةٌ يَحْفَظُ فيها الضَّوَالَّ . فإذا أخَذَها ، وكان له حِمًى تَرْعَى فيه ، تَرَكَها ، وأشْهَدَ عليها ، ووَسَمَها بسِمَةِ الضَّوالِّ ، وإن لم يَكنْ له حِمًى ، خَلَّاها وحَفِظَ صِفَاتِها ، ثم باعَها ، وحَفِظَ ثَمنَها لصاحِبِها ؛ لأَنَّها تَحْتاجُ إلى عَلْفٍ ، فرُبَّما اسْتَغْرَقَ ثَمنَها . وإن أَخَذها غيرُ الإمامِ أو نائبِه ، ضَمِنَها ، ولم يَمْلِكْها وإن عَرَّفَها ، فإن دَفَعها إلى الإمامِ ، [4]بَرِئَ مِن ضَمَانِها[4] ؛ لأنَّه دَفَعَها إلى مَن له الوِلَايَةُ عليها ، أَشْبَهَ دَفْعَها إلى

---

(١) فى ف : « لقوته » .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٤٨ ، ٤٤٩ .

(٣) فى الأصل : « الإمام » .

(٤ - ٤) فى م : « زال عنه الضمان » .

صاحِبِها ، وإن رَدَّها إلى مَوْضِعِها ، لم يَبْرَأْ ؛ لأنَّ ما لَزِمَه ضَمانُه لا يَبْرَأُ منه إلَّا برَدِّه إلى صاحبِه أو نائبِه ، كالمَسْرُوقِ .

فصل : النَّوْعُ الثانى ، ما لا يَنْحَفِظُ عن[1] صِغَارِ السِّبَاعِ ؛ كالشَّاةِ ، وصِغارِ الإبِلِ والبَقَرِ ونحوِها ، فعن أحمدَ ، لا[2] يجوزُ الْتِقَاطُها ؛ لأنَّه رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ : « لَا يُؤْوِى الضَّالَّةَ إلَّا ضَالٌّ » . رَواه أبو داودَ[3] . ولأنَّه حيوانٌ ، أَشْبَهَ الإبِلَ . والمَذْهَبُ جَوازُ الْتِقاطِها ؛ لِما رَوى زَيْدُ بنُ خالِدٍ أنَّ النبىَّ ﷺ سُئِلَ عن الشَّاةِ فقال : « خُذْهَا ، فإنَّمَا هِىَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذِّئْبِ » . مُتَّفَقٌ عليه[4] . وهذا يَخُصُّ عُمومَ الحديثِ الآخَرِ ، [5]ولأنَّه[5] يُخْشَى عليها التَّلَفُ ، أَشْبَهَ غيرَ الضَّالَّةِ .

وسَواءٌ وَجَدها فى المِصْرِ أو فى[6] مَهْلَكَةٍ ؛ لأنَّ الحديثَ عامٌّ فيهما ، ولأنَّه مالٌ يجوزُ الْتِقاطُه ، فاسْتَوَيا فيه ، كالأَثْمانِ . والعَبْدُ الصَّغِيرُ كالشَّاةِ فى جَوازِ الْتِقاطِه ؛ لأنَّه لا [٢٠٩و] يَنْحَفِظُ بنَفْسِه . فأمَّا الحُمُرُ[7] ، فأَلْحَقَها

---

(١) فى ب : « من » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فى : كتاب اللقطة . سنن أبى داود ١/ ٣٩٩.

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب ضالة الإبل والبقر والغنم ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٢/ ٨٣٦. والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/ ٣٦٢. وضعفه فى الإرواء ٦/ ١٧، ١٨.

(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٤٨ ، ٤٤٩ .

(٥ - ٥) فى الأصل : « لأنه » .

(٦) زيادة من : م .

(٧) فى س ١ : « الخمر » .

أصْحابُنَا بالنَّوْعِ الأوَّلِ ؛ لأنَّ لها قُوَّةً ، فأَشْبَهَتِ البَقَرَ . وظاهِرُ حديثِ زَيْدٍ إلْحاقُها بالغَنَمِ ؛ لأنَّه عَلَّلَ أَخْذَ الشّاةِ بخَشْيَةِ الذِّئْبِ عليها ، والحُمُرُ[1] مِثْلُها فى ذلك ، وعَلَّلَ المَنْعَ مِن الإبِلِ بقُوَّتِها على وُرُودِ[2] الماءِ وصَبْرِها بقَوْلِه : « مَعَها سِقَاؤُهَا » . والحُمُرُ[1] بخِلَافِها .

ومتى الْتَقَطَ هذا النَّوْعَ خُيِّرَ بينَ أَكْلِه فى الحالِ ، وحِفْظِه لصاحِبِه ، وبَيْعِه وحِفْظِ[3] ثَمنِه ؛ لقَوْلِ النبىِّ ﷺ : « هِىَ لَكَ[4]أو لأخِيكَ[4] » . ولم يأْمُرْه بحِفْظِها ، ولأنَّ إبْقاءَها يَحْتاجُ إلى غَرامَةٍ ونفَقَةٍ دائمةٍ ، فيَسْتَغْرِقُ قِيمَتَها . فإنِ اخْتارَ إبْقاءَها وحِفْظَها لصاحِبِها ، فهو الأَوْلَى ، [5]ويُنْفِقُ عليها[5] ؛ لأنَّ[6] به بَقاءَها ، فإن لم يفْعَلْ ، ضَمِنَها ؛ لأنَّه فَرَّطَ فيها ، وإن أنْفَقَ عليها مُتَبَرِّعًا ، لم يَرْجِعْ على صاحِبِها ، وإن نَوَى الرُّجُوعَ على صاحِبِها ، وأشْهَدَ على ذلكَ ، ففى الرُّجُوعِ به رِوايَتانِ ؛ بِناءً على الوَدِيعَةِ . وإنِ اخْتارَ أَكْلَها أو بَيْعَها ، لَزِمَه حِفْظُ صِفَتِها ، ثم يُعَرِّفُها عامًا ، فإذا جاءَ صاحِبُها ، دَفَع إليه ثَمَنَها ، أو غَرِمَه له إن أَكَلَها ، ولا يَلْزَمُه عَزْلُ ثَمَنِها إذا أَكَلَها ؛ لأَنَّه لا يَخْرُجُ مِن ذِمَّتِه بعَزْلِه ، فلم يَلْزَمْه ، كسائرِ ما يَلْزَمُه ضَمانُه ،

---

(١) فى س ١ : « الخمر » .

(٢) فى الأصل : « ورودها » .

(٣) فى الأصل : « حفظه » .

(٤ - ٤) زيادة من : ف .

(٥ - ٥) فى الأصل : « متفق عليه » .

(٦) فى الأصل : « ولأن » .

وإن أرادَ بَيْعَها ، فله أن يتَوَلَّى ذلك بنَفْسِه ؛ لأنَّ ما مَلَكَ أَكْلَه ، فبَيْعُه أوْلَى .

فإذا عَرَّفَها حَوْلًا ولم تُعْرَفْ ، مَلَكَها إن كانَتْ باقِيَةً ، أو ثَمَنَها إن بَاعَها ؛ لأنَّ حديثَ زَيْدٍ يدُلُّ على مِلْكِه لها ؛ لأنَّه أضافَها إليه بلَامِ التَّمْلِيكِ ، ولأنَّه مَالٌ يجوزُ التِقاطُه ، فيُمْلَكُ بالتَّعْرِيفِ ، كالأَثْمانِ . وعنه ، لا يَمْلِكُها . والمَذْهَبُ الأوَّلُ .

فصل : وإنِ التقَطَ ما لا يَبْقَى عامًا ، كالبِطِّيخِ والطَّبِيخِ ، لم يَجُزْ تَرْكُه ليَتْلَفَ ، فإن فَعَل ، ضَمِنَه ؛ لأنَّه فَرَّطَ فى حِفْظِه ، فإن كان ممَّا لا يَبْقَى بالتَّجْفِيفِ ، كالبِطِّيخِ[1] ، خُيِّرَ بينَ بَيْعِه وأَكْلِه ، وإن كان يَبْقَى بالتَّجْفِيفِ ، كالعنَبِ والرُّطَبِ ، فَعَل ما فيه الحَظُّ لصاحِبِه ؛ مِن بَيْعِه وأَكْلِه وتَجْفِيفِه . فإنِ احْتاجَ فى التَّجْفِيفِ إلى غَرامَةٍ ، باعَ بَعْضَه فيها ، وإن أنْفَقَها مِن عندِه ، رَجَع بها ؛ لأنَّ النَّفَقَةَ هَـٰهُنا لا تَتَكَرَّرُ ، بخِلافِ نفَقَةِ الحيَوانِ ، فإنَّها تتَكَرَّرُ[2] ، فرُبَّما اسْتَغْرَقَتْ قِيمَتَه ، فلا يكونُ لصاحِبِها حَظٌّ فى إمْساكِها إلَّا بإسْقاطِ النَّفقةِ عنه . وإن أرادَ بَيْعَها ، فله البَيْعُ بنَفْسِه ؛ لِما ذكَرْنا فى بَيْعِ[3] الضَّوالِّ . وعنه ، له بَيْعُ اليَسِيرِ ، فأمَّا الكثيرُ ، فإنَّه يَرْفَعُه إلى السُّلْطانِ . والقَوْلُ فى تعْرِيفِه وسائرِ أحْكامِه ، كالقَوْلِ فى الشَّاةِ .

فصل : قال أحمدُ : مَن اشْتَرَى سمَكَةً ، فوَجَدَ فى بَطْنِها دُرَّةً ، فهى للصَّيّادِ ، وإن وجَدَ دَرَاهِمَ ، فهى لُقَطَةٌ ؛ لأنَّها لا تَبْتَلِعُ الدَّرَاهِمَ إلَّا بعدَ

---

(١) فى الأصل ، س ١ ، س ٢ ، ب : « كالطبيخ » .

(٢) بعده فى س ٢ : « فيها » .

(٣) زيادة من : الأصل .

ثُبوتِ اليَدِ عليها، وقد تَبْتَلِعُ دُرَّةً مِن البَحْرِ مُباحَةً، فيَمْلِكُها الصَّيَّادُ بما فيها، فإن باعَها ولم يَعْلَمْ بالدُّرَّةِ، لم يَزُلْ مِلْكُه عنها[1]، كما لو باعَ دارًا له فيها مالٌ لم يَعْلَمْ به.

فصل: وإن وَجَد اللُّقَطَةَ اثْنانِ، فهى بينَهما؛ لأَنَّهما اشْتَرَكا فى السَّبَبِ، فاشْتَرَكا فى الحُكْمِ. وإن ضاعَت مِن واجِدِها، فوَجدَها آخَرُ، ردَّها على الأوَّلِ؛ لأَنَّه قد ثَبَتَ له الحقُّ فيها، فوَجَبَ [٢٠٩ظ] رَدُّها إليه، كالمِلْكِ[2]. وإن رَآها اثْنانِ، فرَفَعها أحدُهما فهى له؛ لقَوْلِ النبىِّ ﷺ: «مَنْ سَبَقَ إلَى ما لَمْ يَسْبِقْ إليه مُسْلِمٌ، فَهُوَ له»[3]. وإن رَآها أحدُهما، فقال للآخَرِ[4]: ارْفَعْهَا. ففَعَلَ[5]، فهى لرافِعِها؛ لأَنَّه ممَّا لا يَصِحُّ التَّوْكِيلُ فيه.

فصل: فإنِ الْتَقَطَها صَبِىٌّ أو مَجْنُونٌ أو سَفِيهٌ، صَحَّ الْتِقاطُه؛ لأَنَّه كَسْبٌ بفِعْلٍ، فصَحَّ منه، كالصَّيْدِ، فإنْ تَلِفَتْ[6] فى يَدِه بغيرِ تَفْرِيطٍ، لم يَضْمَنْها؛ لأَنَّه أَخَذ ما له أخْذُه، وإنْ تَلِفَتْ بتفْرِيطٍ، ضَمِنَها. ومتى عَلِمَ وَلِيُّه بها، لَزِمَه نَزْعُها منه وتَعْرِيفُها؛ لأَنَّها أمانَةٌ، والمَحْجورُ عليه ليس مِن

---

(١) فى م: «عن الدرة».

(٢) فى ف: «كالمالك».

(٣) أخرجه أبو داود، فى: باب فى إقطاع الأرضين، من كتاب الإمارة. سنن أبى داود ٢/ ١٥٨. والطبرانى فى الكبير ١/ ٢٥٥. والبيهقى، فى: السنن الكبرى ٦/ ١٤٢.

(٤) فى الأصل، ف: «الآخر».

(٥) سقط من: الأصل.

(٦) فى الأصل: «تلف».

أهْلِها ، فإذا تَمَّ تعْرِيفُها ، دَخَلت فى مِلْكِ واجِدِها حُكْمًا ، كالمِيرَاثِ .

فصل : ويَصِحُّ الْتِقاطُ العَبْدِ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه ؛ لعُمُومِ الخَبَرِ ، ولِما ذكَرْنا فى الصَّبِىِّ . ويَصِحُّ تعْرِيفُه لها ؛ لأنَّ له قَوْلًا صَحِيحًا ، فصَحَّ تَعْرِيفُه ، كالحُرِّ . فإذا تَمَّ تعْرِيفُها ، مَلَكَها سَيِّدُه ؛ لأنَّها كَسْبُ عَبْدِه ، ولسَيِّدِه انْتِزاعُها منه قبلَ تعْرِيفِها ؛ لأنَّ كَسْبَ عَبْدِه له ، ويتَوَلَّى تعْرِيفَها أو إتْمامَه ، وله إقْرَارُها فى يَدِ عبدِه الأمِينِ ، ويكونُ مُسْتَعِينًا به فى حِفْظِها وتَعْرِيفِها ، ولا يجوزُ إقْرَارُها فى يَدِ مَن ليس بأَمِينٍ ؛ لأنَّها أمانَةٌ ، فإن فَعَل ، فعليه الضَّمانُ ، وإن عَلِمَ العَبْدُ أنَّ سَيِّدَه غيرُ مَأْمُونٍ عليها ، لَزِمَه سَتْرُها عنه ويُسَلِّمُها[1] إلى الحاكمِ ليُعَرِّفَها ، ثم يَدْفَعَها إلى سَيِّدِه بشَرْطِ الضَّمانِ . وإن أتْلَفَها العبدُ ، فحُكْمُ ذلك حُكْمُ جِنايَتِه ، وإن عَتَق[2] العَبْدُ بعدَ الالتِقَاطِ ، فلسَيِّدِه أخْذُها ؛ لأنَّها كَسْبُه .

فصل : والمُكاتَبُ كالحُرِّ ؛ لأنَّ كَسْبَه لنَفْسِه ، والمُدَبَّرُ وأُمُّ الوَلَدِ كالقِنِّ ، ومَن نِصْفُه حُرٌّ ، فلُقَطَتُه بينَه وبينَ سَيِّدِه ، ككَسْبِه ، فإن كانت بينَهما مُهايَأَةٌ[3] ، لم تَدْخُلْ فى المُهَايَأَةِ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّها مِن الأَكْسابِ النادِرَةِ ، فأَشْبَهتِ المِيراثَ . والآخَر ، تَدْخُلُ ؛ لأنَّها مِن كَسْبِه ، فهى كصَيْدِه[4] .

---

(١) فى م : « تسليمها » .

(٢) فى الأصل ، ف ، م : « أعتق » .

(٣) المهايأة أن يكون لنفسه يوما ولسيده يوما .

(٤) فى م : « كصيد » .

وفى الهَدِيَّةِ والوَصِيَّةِ وسائرِ الأكْسابِ النادِرَةِ وَجْهانِ كاللُّقَطَةِ .

فصل : والذِّمِّيُّ كالمُسْلِمِ ؛ للخَبَرِ ، ولأنَّه كَسْبٌ يصِحُّ مِن الصَّبِيِّ ، فصَحَّ مِن الذِّمِّيِّ كالصَّيْدِ . والفاسِقُ كالعَدْلِ ؛ لذلك ، لكنْ إن عَلِمَ[١] الحاكِمُ بها[٢] ، ضَمَّ إليه أمِينًا يحْفَظُها ، ويتَوَلَّى تعْرِيفَها ؛ لأَنَّها أمانةٌ ، فلا تُؤْمَنُ[٣] خيانَتُه[٤] فيها ، فإذا عَرَّفَها ، مَلَكَها مُلْتَقِطُها .

فصل : ومَن الْتَقَطَ لُقَطَةً لغيرِ التَّعْرِيفِ ، ضَمِنَها ، ولم يَمْلِكْها وإن عرَّفَها ؛ لأنَّه أَخَذها على وَجْهٍ تَحْرُمُ[٥] عليه ، فلم يَمْلِكْها ، كالغاصِبِ . ومَن تَرَكَ التَّعْرِيفَ فى الحَوْلِ الأوَّلِ ، لم يَمْلِكْها وإن عَرَّفَها بعدُ ؛ لأنَّ السَّبَبَ الذى يَمْلِكُها به قد فاتَ . ولا يَبْرَأُ منها إلَّا بتَسْلِيمِها إلى الحاكمِ .

فصل : ومَن تَرَك دابَّةً بمَهْلَكَةٍ ، فأَخَذها إنْسانٌ ، فخَلَّصَها ، مَلَكها ؛ لِما رَوَى الشَّعْبِىُّ قال : حدَّثَنِى غيرُ واحدٍ مِن أصحابِ رسولِ اللَّهِ ﷺ أنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ [٢١٠و] قال : « مَنْ[٦] وَجَدَ دَابَّةً قد[٧] عَجز عَنْهَا أَهْلُها[٨]

---

(١) فى م : « أعلم » .

(٢) فى م : « بهما » .

(٣) بعده فى الأصل : « من » .

(٤) فى س ٢ ، ف : « جنايته » .

(٥) فى س ١ ،س ٢ ، ب ،م : « يحرم » .

(٦) فى م : « ومن » .

(٧) سقط من : م .

(٨) فى م : « أهله » .

فَسَيَّبُوها ، فأَخَذَها ، فأَحْيَاهَا ، فَهِىَ لَهُ »[1] . ولأَنَّ فيه [2]إنْقَاذًا للحَيوانِ[2] مِن الهَلاكِ ، مع نَبْذِ صاحِبِه له ، فأَشْبَهَ السُّنْبُلَ السَّاقِطَ . فإن كان مَكانَها عَبْدٌ ، لم يَمْلِكْه ؛ لأَنَّه فى العادَةِ يُمْكِنُه التَّخَلُّصُ . وإن كان مَتاعًا ، لم يَمْلِكْه[3] ؛ لأَنَّه لا حُرْمَةَ له فى نفْسِه .

---

(1) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى من أحيا حسيرا ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢/ ٢٥٨. والدارقطنى فى : سننه ٣/ ٦٨. والبيهقى فى : السنن الكبرى ٦/ ١٩٨.

(٢ - ٢) فى الأصل : « إنقاذ الحيوان » .

(٣) فى الأصل : « يمكنه » .



بَابُ اللَّقِيطِ

وهو الطِّفْلُ المَنْبُوذُ ، والْتِقاطُه فَرْضٌ على الكِفايَةِ ؛ لأَنَّه إنْجاءُ آدَمِيٍّ مِن الهَلاكِ ، فوَجَب ، كتَخْلِيصِ الغَرِيقِ .

وهو مَحْكُومٌ بحُرِّيَّتِه ؛ لِما روَى سُنَيْنٌ أبو جَمِيلَةَ قال : وَجَدْتُ مَلْقُوطًا ، فأَتَيْتُ به عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عنه ، فقال : اذْهَبْ فهو حُرٌّ ، ولك وَلاؤُه ، وعلينا نفقَتُه . رَواه سعيدٌ فى « سُنَنِه »[1] . ولأَنَّ الأَصْلَ فى الآدَمِيِّينَ الحُرِّيَّةُ .

ويُحْكَمُ بإسْلامِه فى دارِ الإسْلامِ إذا كان فيها مُسْلِمٌ ؛ لأَنَّه اجْتَمعَ الدَّارُ وإسْلامُ مَن فيها . وإن وُجِدَ فى بَلَدٍ فيه كُفَّارٌ ، ولا مُسْلِمَ فيه ، فهو كافِرٌ ؛ لأَنَّ الظاهِرَ أنَّه وَلَدُ كافِرَيْن . وإن وُجِدَ فى بَلَدِ الكُفَّارِ ، وفيه مُسْلِمُون ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدُهما ، هو كافِرٌ ؛ لأَنَّه فى دارِهم . والثانى ، هو مُسْلِمٌ ؛ تَغْلِيبًا لإسْلامِ المُسْلِمِ الذى فيه .

فصل : وما يُوجَدُ عليه مِن ثِيابٍ أو حَلْيٍ ، أو تَحْتَه مِن فِراشٍ أو سَرِيرٍ أو غيرِه ، أو فى يَدِه مِن نفقَةٍ أو عِنانِ دابَّةٍ ، أو مَشْدُودًا فى ثِيابِه أو ببَعْضِ

---

(١) وأخرجه الإمام مالك ، فى : باب القضاء فى المنبوذ ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢/ ٧٣٨. والبيهقى ، فى : باب التقاط المنبوذ ...، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ٦/ ٢٠١، ٢٠٢.

جَسَدِه[1] ، أو مَجْعُولًا فيه كدارٍ وخَيْمَةٍ ، فهو له ؛ لأَنَّه آدَمِيٌّ حُرٌّ ، فما فى يَدِه له ، كالبالغ . وإن كان[2] مَطْرُوحًا بعيدًا منه ، أو قَرِيبًا[3] مَرْبُوطًا بغيره ، لم يكنْ له ؛ لأَنَّه لا يَدَ له عليه . وكذلك المدْفُونُ تحتَه ؛ لأنَّ البالِغَ لو جَلَس على دَفِينٍ ، لم يكنْ له . وقال ابنُ عَقِيلٍ : إن[4] كان الحَفْرُ طَرِيًّا ، فهو له ؛ لأنَّ الظاهِرَ أنَّه حَفْرُ النَّابِذِ له . وإن وُجِدَ بقُرْبِه مَالٌ مَوْضُوعٌ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، هو له إن لم يكنْ هناك غيرُه ؛ لأنَّ الإنسانَ يَتْرُكُ مَالَه بقُرْبِه . والثانى ، ليس هو له ؛ لأنَّه لا يَدَ له عليه .

فصل : ويُنْفَقُ عليه مِن مَالِه ؛ لأنَّه حُرٌّ ، فيُنْفَقُ عليه مِن مَالِه ، كالبالِغِ . ويجوزُ للوَلِىِّ الإنْفاقُ عليه[5] مِن غيرِ إذْنِ الحاكِمِ ؛ لأنَّه وَلِىٌّ ، فمَلَكَ ذلك كوَلِىِّ اليَتِيمِ . ويُسْتَحَبُّ اسْتِئْذَانُه ؛ لأنَّه أنْفَى[6] للتُّهْمَةِ . فإن بلَغَ واخْتَلفا فى النَّفَقَةِ ، فالقَوْلُ قَوْلُ المُنْفِقِ . وإن لم يكنْ له مَالٌ ، فنَفَقَتُه فى بَيْتِ المالِ ؛ لقولِ عُمَرَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه : وعلينا نفَقَتُه[7] . ولأنَّه آدَمِىٌّ حُرٌّ له حُرْمَةٌ ، فوَجَب على السُّلْطَانِ القيامُ به عندَ حاجَتِه ، كالفَقِيرِ . وليس على المُلْتَقِطِ نفَقَتُه ؛ لحديثِ عُمَرَ ، ولأنَّه لا نَسَبَ بينَهما ولا مِلْكَ ، فأَشْبَهَ الأَجْنَبِىَّ .

---

(١) فى م : « بدنه » .

(٢) فى ف : « وجد » .

(٣) سقط من : س ٢، ف ، ب .

(٤) فى الأصل ، م : « وإن » .

(٥) زيادة من : الأصل .

(٦) فى ف : « أنقى » .

(٧) تقدم تخريجه فى الصفحة السابقة .

وإن تعَذَّرَ الإنْفَاقُ عليه [١٠ ٢ظ] مِن بَيْتِ المالِ ، فعلى مَن عَلِم حالَه الإنْفاقُ عليه فَرْضَ كِفايَةٍ ؛ لأنَّ به بَقاءَه ، فوَجَبَ[(١)] ، كإنْقاذِ الغَرِيقِ . فإنِ اقْتَرضَ الحاكِمُ ما أنْفَقَ عليه ، ثم بانَ رَقِيقًا ، أو له أبٌ مُوسِرٌ ، رَجَع عليه ؛ لأنَّه أدَّى الواجِبَ عنه ، وإن لم يَظْهَرْ له أحَدٌ ، وُفِّيَ مِن بَيْتِ المالِ .

فصل : وإذا كان المُلْتَقِطُ أمِينًا حُرًّا مُسْلِمًا ، أُقِرَّ فى يَدِه ؛ لحَدِيثِ[(٢)] عُمَرَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه . ولأنَّه لا بُدَّ له مِن كافِلٍ ، والمُلْتَقِطُ أحَقُّ للسَّبْقِ .

وفى الإشْهادِ عليه وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا يَجِبُ ، كما لا يَجِبُ فى اللُّقَطَةِ . والثانى ، يجِبُ ؛ لأنَّ القَصْدَ به حِفْظُ النَّسَبِ والحُرِّيَّةِ ، فوَجَب ، كالإشْهادِ فى النِّكاحِ .

وإنِ الْتَقَطَه فاسِقٌ ، نُزِعَ منه ؛ لأنَّه ليس فى حِفْظِه إلَّا الوِلَايَةُ ، ولا وِلايَةَ لفاسِقٍ . قال القاضى : هذا المَذْهَبُ . [(٣)]وظاهِرُ[(٣)] قولِ[(٤)] الخِرَقِىِّ أنَّه يُقَرُّ فى يَدِه ؛ لقَوْلِه : إن لم يكنْ مَن وَجَد اللَّقِيطَ أَمِينًا ، مُنِعَ مِن السَّفَرِ به . فعلى هذا ، يُضَمُّ إليه أمِينٌ يُشَارِفُه ، ويَشْهَدُ عليه ، ويُشِيعُ أمْرَه ؛ لِيَنْحَفِظَ بذلك .

وليس لكافِرٍ الْتِقاطُ مَحْكُومٍ بإسْلامِه ؛ لأنَّه لا وِلايَةَ لكافِرٍ على مُسْلِمٍ ،

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى م : « كحديث » .

(٣ - ٣) فى س ١ : « فى ظاهر » .

(٤) فى الأصل : « كلام » .

وإنِ الْتَقَطَه ، نُزِعَ منه . وله الْتِقاطُ المَحْكُومِ بكُفرِه ، ويُقَرُّ فى يَدِه ؛ لثُبُوتِ وِلايَتِه عليه .

وليس للعَبْدِ الالْتِقاطُ إلَّا (١)أن يَأْذَنَ له(١) سَيِّدُه(٢) ، فتكونَ الوِلَايَةُ للسَّيِّدِ ، والعبدُ نائبٌ عنه .

فصل : فإن أراد المُلْتَقِطُ السَّفَرَ به ، وهو ممَّن لم تُخْتَبَرْ أمَانَتُه فى الباطِنِ ، نُزِعَ منه ؛ لأَنَّه لا يُؤْمَنُ أن يَدَّعِيَ رِقَّه . وإن عُلِمَتْ أمَانَتُه باطنًا ، فأرادَ نَقْلَه مِن الحَضَرِ إلى البَدْوِ ، مُنِعَ منه(٣) ؛ لأنَّه ينْقُلُه إلى العَيْشِ فى الشَّقاءِ ومَواضِعِ الجَفاءِ . وإن أرادَ النُّقْلَةَ إلى بَلَدٍ آخَرَ يُقِيمُ فيه ، فَفِيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، يُقَرُّ فى يَدِه ؛ لأنَّهما سَواءٌ فيما ذكَرْنا . والثانى ، يُمْنَعُ منه(٤) ؛ لأنَّ بَقاءَه فى بَلَدِه أَرْجَى لظُهورِ نَسَبِه . وإن كان اللَّقِيطُ فى بَدْوٍ ، فله نَقْلُه إلى الحَضَرِ ؛ لأنَّه أرْفَقُ به ، وله الإقامَةُ به فى البَدْوِ ، وفى حِلَّةٍ(٥) لا تَنْتَقِلُ عن مَكانِها ؛ لأنَّ الحِلَّةَ كالقَرْيَةِ . وإن كانَ مُتَنَقِّلًا(٦) ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يُقَرُّ فى يَدِه ؛ لأَنَّه أرْجَى لكَشْفِ نَسَبِه . والثانى ، يُنْزَعُ منه ؛ لأنَّه يَشْقَى بالتَّنَقُّلِ .

فصل : فإنِ الْتَقَطَه مُوسِرٌ ومُعْسِرٌ ، قُدِّمَ المُوسِرُ ؛ لأَنَّه أحَظُّ للطِّفْلِ ، فإن

(١ - ١) فى الأصل ، م : « بإذن » .

(٢) بعده فى الأصل : « له » .

(٣) سقط من : ف .

(٤) سقط من : س ١ ، ف ، م .

(٥) الحلة : القوم النازلون ، وتطلق على البيوت مجازا .

(٦) فى س ١ ، ف ، م : « منتقلا » . والنون والتاء غير منقوطة فى ب .

تَساوَيا وتَشَاحّا، أُقْرِعَ بينَهما؛ لقَوْلِ اللَّهِ تعالى: ﴿ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَٰمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ﴾[1]. ولأنَّهما تَساوَيا فى الحقِّ، فأُقْرِعَ بينَهما، كالعَبْدَيْنِ فى العِتْقِ. وإن تَرَكَ أحدُهما نَصِيبَه، كَفَلَه الآخَرُ. والرَّجُلُ والمرأةُ فى هذا سَواءٌ؛ لأنَّ المرأةَ أجْنَبِيَّةٌ، والرَّجُلُ يَحْضُنُه بأجْنَبِيَّةٍ، فهما سَواءٌ.

فصل: فإنِ اخْتَلفا فى المُلْتَقِطِ وهو فى يَدِ أحَدِهما، فالقَوْلُ قولُه. وهل يُسْتَحْلَفُ؟ فيه وَجْهانِ. وإن كان فى يَدَيْهما[2]، قُدِّمَ أحدُهما بالقُرْعَةِ. وهل يُسْتَحْلَفُ؟ على وَجْهَيْنِ. وإن لم يكنْ فى يَدِ واحدٍ منهما، سَلَّمَه [٢١١و] السُّلْطانُ إلى مَن يَرَى منهما، أو مِن غيرِهما؛ لأنَّه لا يَدَ لأحَدِهما.

وإن كان لأحَدِهما بَيِّنَةٌ، قُضِىَ بها؛ لأنَّها أقْوَى، فإن كانت لكُلِّ واحدٍ منهما بَيِّنَةٌ، قُدِّمَ أسْبَقُهما تارِيخًا؛ لأنَّه ثَبَت بها السَّبْقُ إلى الالْتِقاطِ. وإن[3] تَساوَيا وهو فى يَدِ أحَدِهما، انْبَنَى على بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ والخارِجِ. وإن تَساوَيا فى اليَدِ أو عَدَمِها، سَقَطَتا، وأُقْرِعَ بينَهما، فَقُدِّمَ بها أحَدُهما.

فصل: وإنِ ادَّعَى نسَبَه رَجُلٌ، لَحِقَه[4]؛ لأنَّه أقَرَّ له بحَقٍّ لا ضَرَرَ فيه على أحَدٍ، فَقُبِلَ، كما لو أقَرَّ له بمالٍ، ويأْخُذُه مِن المُلْتَقِطِ إن كان مِن

---

(١) سورة آل عمران ٤٤.

(٢) فى ف: «أيديهما».

(٣) بعده فى الأصل: «كان».

(٤) فى م: «لحق به».

أهْلِ الكَفالَةِ ؛ لأنَّ الوالِدَ أحَقُّ بكَفالَةِ وَلَدِه . وإن كان كافِرًا ، لم يَتْبَعْه فى الدِّينِ ؛ لأنَّه مَحْكُومٌ بإسْلامِه بالدَّارِ ، فلا يَزُولُ ذلك بدَعْوَى كافِرٍ ، ولا يُدْفَعُ إليه ؛ لأنَّه لا وِلايَةَ لكافِرٍ على مُسْلِمٍ . ويَثْبُتُ[1] نسَبُه منه ؛ لأنَّ الكافِرَ كالمُسْلِمِ فى ثُبُوتِ النَّسَبِ منه ، ولا ضَرَرَ على أحَدٍ فى انْتِسابِه إليه . وإن كانت له بَيِّنَةٌ بوِلادَتِه على فِراشِه ، أُلْحِقَ به نَسَبًا ودِينًا ؛ لأنَّه ثبَتَ أنَّه ابْنُه ببَيِّنَةٍ . ذَكَره بعضُ أصحابِنا . وقِياسُ المَذْهَبِ أنَّه لا يَلْحَقُه فى الدِّينِ إلَّا أن تَقُومَ البَيِّنَةُ أنَّه وَلَدُ كافِرَيْنِ حَيَّيْنِ ؛ لأنَّ الطِّفْلَ يُحْكَمُ بإسْلامِه[2] بإسْلَامِ أحَدِ أبَوَيْه أو مَوْتِه .

وإنِ ادَّعَتِ امْرَأَةٌ نسَبَه ، ففيها ثلاثُ رِواياتٍ ؛ إحْداهُنَّ ، يُقْبَلُ قَوْلُها ؛ لأنَّها أحَدُ الأبَوَيْنِ ، فثَبَت النَّسَبُ بدَعْواها[3] ، كالأبِ ، ويَلْحَقُ بها دُونَ زَوْجِها . الثانيةُ[4] ، إن كان لها زَوْجٌ ، لم تُقْبَلْ دَعْواها[5] ؛ لأنَّه يُؤَدِّى إلى أن يَلْحَقَ بزَوْجِها[6] نَسَبٌ[7] لم يُقِرَّ به ، [8]أو يَنْتَسِبَ إليه ما يَتَعَيَّرُ به[8] ، وإن لم يكنْ ، قُبِلَ ؛ لعَدَمِ ذلك . والثالثةُ ، إن كان لها إخْوَةٌ ونَسَبٌ

---

(١) فى الأصل : « ثبت » .

(٢) بعده فى الأصل : « أو » .

(٣) فى س ٢ : « بدعوتها » .

(٤) فى ف ، ب : « والثانية » .

(٥) سقط من : س ٢، وفى الأصل : « دعوتها » . وفى س ١ : « دعواهما » .

(٦) فى م : « زوجها » .

(٧) بعده فى م : « من » .

(٨ - ٨) سقط من : س ٢، م، وفى الأصل، س ١، ب : « ينسب إليها ما تعير » .

مَعْرُوفٌ ، لم تُقْبَلْ دَعْواها[1] ؛ لأنَّ وِلادَتَها لا تَخْفَى عليهم ، وإن لم يكنْ ، قُبِلَت .

والأمَةُ كالحُرَّةِ ، إلَّا أنَّنا إذا ألْحَقْنا النَّسَبَ بها ، لم يَثْبُتْ رِقُّ وَلَدِها ؛ لأنَّه مَحْكُومٌ بحُرِّيَّتِه ، فلا يَثْبُتُ رِقُّه بمُجَرَّدِ الدَّعْوَى ، كما لم يَثْبُتْ كُفْرُه .

فصل : فإنِ ادَّعَى نسبَه رَجُلانِ ، ولأحدِهما بَيِّنَةٌ ، فهو وَلَدُه ؛ لأنَّ له حُجَّةً ، فإن كان[2] لهما بَيِّنَتانِ ، أو لا بَيِّنَةَ لهما ، عُرِضَ على القافَةِ معهما ، أو مع عَصَبَتِهما عندَ فَقْدِهما ، فإن ألْحَقَتْه بأحدِهما ، لَحِق[3] به ؛ لِما رَوَت عائشةُ ، رَضِىَ اللَّهُ عنها ، أنَّ النبىَّ ﷺ دَخَل مَسْرُورًا تَبْرُقُ أسارِيرُ وَجْهِه ، فقال : « أَلَمْ تَرَىْ أَنَّ مُجَزِّزًا المُدْلِجِىَّ نَظَرَ آنِفًا إلى زَيْدٍ وأُسَامَةَ ، وقَدْ غَطَّيَا رُءُوسَهُمَا ، وبَدَتْ أقْدَامُهُمَا ، فقال : إنَّ هَذِهِ الأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِن بَعْضٍ » . مُتَّفَقٌ عليه[4] . فلَوْلا أنَّ ذلكَ حَقٌّ لَما سُرَّ به النبىُّ ﷺ . وإن أَلْحَقَتْه بهما ، لَحِقَهما ؛ لِما رَوَى سُلَيْمانُ بنُ يَسارٍ عن عُمَرَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ،

---

(١) فى س ١ ، س ٢ : « دعوتها » .
(٢) سقط من : الأصل .
(٣) فى الأصل : « لحقت » ، وفى م : « ألحق » .
(٤) أخرجه البخارى ، فى : باب صفة النبى ﷺ ، من كتاب المناقب ، وفى : باب مناقب زيد ابن حارثة مولى النبى ﷺ ، من كتاب الفضائل ، وفى : باب القائف ، من كتاب الفرائض . صحيح البخارى ٤/ ٢٢٩ ، ٥/ ٢٩ ، ٨/ ١٩٥ . ومسلم ، فى : باب العمل بإلحاق القائف الولد ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ٢/ ١٠٨١ ، ١٠٨٢ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى القافة ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/ ٥٢٦ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى القافة ، من أبواب الولاء . عارضة الأحوذى ٨/ ٢٩٠ ، ٢٩١ . والنسائى ، فى : باب القافة ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦/ ١٥١ ، ١٥٢ . وابن ماجه ، فى : باب القافة ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٨٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ٨٢ ، ٢٢٦ .

فى امْرَأةٍ وَطِئَها رَجُلانِ فى طُهْرٍ، فقال القائفُ: قد اشْتَرَكا[1] فيه. فجَعَله عُمَرُ بينَهما. رَواه سعيدٌ[2]. وعن عليٍّ مِثْلُه[3]. قال أحمدُ: ويَرِثُهما و[4] يَرِثانِه، ونَسَبُه مِن الأوَّلِ قائمٌ لا يُزِيلُه شيءٌ. قال: ويُلْحَقُ بثَلاثةٍ. ويَنْبَغِى أن يُلْحَقَ بمَن ألْحَقَتْه منهم وإن كَثُرُوا؛ لأنَّ المَعْنَى [٢١١ظ] فى الاثْنَين مَوْجُودٌ فيما زادَ، فيُقاسُ عليه. وقال القاضى: لا يُلْحَقُ بأكْثَرَ مِن ثَلاثةٍ. وقال ابنُ حامِدٍ: لا يُلْحَقُ بأكْثَرَ مِن اثْنَيْنِ؛ لأنَّنا صِرْنا إلى ذلك للأثَرِ، فيَجِبُ أن يُقْتَصرَ[5] عليه.

فإن لم يُوجَدْ قافَةٌ، أو[6] أشْكَلَ عليهم، أو نَفَتْه عنهما، أو تَعارَضَت أقْوالُهم، فقال أبو بكرٍ: يَضِيعُ نَسَبُه؛ لأنَّه لا دَلِيلَ لأحَدِهما، فأشْبَهَ مَن لم يَدَّعِ نَسَبَه أحَدٌ. وقال ابنُ حامِدٍ: يُتْرَكُ حتى يَبْلُغَ. ويُؤْخَذانِ بنَفَقَتِه؛ لأنَّ كُلَّ واحِدٍ منهما مُقِرٌّ به[7]، فإذا بَلَغ أمَرْناه أن يَنْتَسِبَ إلى مَن

---

(١) فى س ٢: «اشترك».

(٢) وأخرجه الطحاوى، فى: شرح معانى الآثار ١٦٢/٤ - ١٦٤. من طرق عن ابن عمر وأبى المهلب وسعيد بن المسيب ومولى لبنى مخزوم عن عمر. وأخرجه البيهقى، فى: السنن الكبرى ١٠/ ٢٦٤. عن سعيد بن المسيب والحسن عن عمر.

ومن رواية سليمان بن يسار عن عمر أخرجه الطحاوى، فى: شرح معانى الآثار ٤/ ١٦١، ١٦٢. والبيهقى، فى: السنن الكبرى ١٠/ ٢٦٣. وليس فيه أنه جعله بينهما، بل قال فيه: «وال أيهما شئت». وانظر الكلام على طرق الأثر فى: الإرواء ٢٥/٦ - ٢٧.

(٣) أخرجه عبد الرزاق، فى: المصنف ٧/ ٣٦٠. والبيهقى، فى: السنن الكبرى ٢٦٨/١٠.

(٤) فى س ٢: «أو».

(٥) فى س ٢، م: «تقتصر».

(٦) فى الأصل: «و».

(٧) فى س ٢: «له».

يَمِيلُ[1] طَبْعُه إليه؛ لأنَّ ذلك يُرْوَى عن عُمَرَ، رَضِىَ اللَّهُ عنه[2]. ولأنَّ الطَّبْعَ يَمِيلُ إلى الوالِدِ مَا لَا يَمِيلُ إلى غيرِه. فإذا تعذَّرَتِ القافَةُ، رَجَعْنا إلى اخْتِيارِه. ولا يَصِحُّ انْتِسابُه قبلَ بُلُوغِه؛ لأنَّه قَوْلٌ يتَعَيَّنُ به النَّسَبُ، وتَلْزَمُ به الأحْكامُ، فلا يُقْبَلُ مِن الصَّبِىِّ، كقولِ القائفِ. وسَواءٌ كان المُدَّعِيانِ مُسْلِمَيْن حُرَّيْن، أو كافِرَيْن رَقِيقَيْن، أو [3]مسلمٌ وكافِرٌ وحُرٌّ وعَبْدٌ[3]؛ لأنَّ كُلَّ واحِدٍ منهم[4] لِو انْفَرَدَ صَحَّتْ دَعْوَتُه[5].

فإنِ ادَّعَاه امْرَأَتانِ، وقُلْنا بصِحَّةِ دَعْوَتِهما[6]، فهما كالرَّجُلَيْن، إلَّا أنَّه لا يُلْحَقُ بأكْثَرَ مِن واحِدَةٍ؛ لأنَّه يَسْتَحِيلُ وَلَدٌ مِن اثْنَتَيْن[7]. وإن كانت إحداهما تُسْمَعُ دَعْوَتُها[8] دُونَ الأُخْرَى، فهى كالمُنْفَرِدَةِ به.

وإن أَلْحَقَتْه القافَةُ بكافِرٍ أو أمَةٍ، لم يُحْكَمْ برِقِّه، ولا كُفْرِه لأنَّه ثَبَت إسْلامُه وحُرِّيَّتُه بظاهِرِ الدّارِ، فلا يَزُولُ ذلك بظَنٍّ ولا شُبْهَةٍ، كما لم يَزُلْ بمُجَرَّدِ الدَّعْوَى.

فصل: فإن كان لامْرَأَتَيْنِ ابْنٌ وبِنْتٌ، فادَّعَتْ كُلُّ واحِدَةٍ أَنَّها أُمُّ

---

(١) فى الأصل: «يغلب».

(٢) انظر ما تقدم تخريجه فى الصفحة السابقة. عن سليمان بن يسار عن عمر.

(٣ - ٣) فى م: «مسلما وكافرا وحرا وعبدا».

(٤) فى الأصل: «منهما».

(٥) فى م: «دعواه».

(٦) فى م: «دعواهما».

(٧) فى الأصل، س ١: «اثنين»، وفى م: «امرأتين».

(٨) فى س ١: «دعواهما»، وفى ف، م: «دعواها».

الابْنِ، احْتَمَلَ أن يُعْرَضَ معهما على القافَةِ، واحْتَمَلَ أن يُعْرَضَ لَبَنُهما على أهْلِ الخِبْرَةِ، فمَن كان لَبَنُها لَبَنَ ابنٍ، فهو ابنُها. وقد قيلَ: إنَّ لَبَنَ الابْنِ ثَقِيلٌ، ولَبَنَ البِنْتِ خَفِيفٌ. فيُعْتَبَرُ ذلك.

فصل: والقافَةُ قَوْمٌ مِن العَرَبِ، عُرِفَتْ منهم الإصابَةُ فى مَعْرِفَةِ الأنْسابِ، واشْتَهَرَ ذلك فى بَنِى[1] مُدْلِجٍ، رَهْطِ مُجَزِّزٍ، وسُرَاقَةَ بنِ مَالِكِ ابنِ جُعْشُمٍ.

ولا يُقْبَلُ قولُ القائفِ إلَّا أن يكونَ ذَكَرًا عَدْلًا مُجَرَّبًا فى الإصابَةِ؛ لأنَّ ذلك يَجْرِى مَجْرَى الحُكْمِ، فاعْتُبِرَ ذلك فيه. قال القاضى: يُتْرَكُ الغُلَامُ مع عَشَرَةٍ غيرِ مُدَّعِيه، ويُرَى القائِفَ، فإن أَلْحَقَه بأحَدِهم، سَقَط قولُه، وإن نَفاه عنهم، جَعَلْناه مع عِشْرِين فيهم مُدَّعِيه، فإن أَلْحَقَه بمُدَّعِيه، عُلِمَت إصابَتُه.

وهل يُكْتَفَى بواحِدٍ؟ فيه وَجْهانِ؛ أحدُهما، يُكْتَفَى به[2]؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ سُرَّ بقَوْلِ مُجَزِّزٍ وحدَه[3]. ولأنَّه بمَنْزِلَةِ الحاكمِ يَجْتَهِدُ ويَحْكُمُ، كما يَجْتَهِدُ الحاكِمُ ويَحْكُمُ. والثانى، لا يُقْبَلُ إلَّا اثْنانِ؛ لأنَّه حُكْمٌ بالشَّبَهِ والخِلْقَةِ، فلا يُقْبَلُ مِن واحِدٍ، كالحُكْمِ بالمِثْلِ فى جَزاءِ الصَّيْدِ.

فصل: فإنِ ادَّعَى رجلٌ رِقَّه، لم يُقْبَلْ؛ لأنَّ الأَصْلَ الحُرِّيَّةُ، فإن

---

(١) سقط من: الأصل.

(٢) سقط من: الأصل.

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٧١.

شَهِدَت له بَيِّنَةٌ بالمِلْكِ ، قُبِلَت ، وإن لم تَذْكُرِ السَّبَبَ ، كما لو شَهِدَت[1] له بمِلْكِ مالٍ . وإن شَهِدَت باليَدِ للمُلْتَقِطِ ، [٢١٢و] لم يُحْكَمْ له بالمِلْكِ ؛ لأنَّ سَبَبَ يَدِه قد عُلِمَ . وإن شَهِدت بها لغيرِه ، ثَبَتَت . والقَوْلُ قَوْلُه فى المِلْكِ مع يَمِينِه ، كما لو كان فى يَدِه مَالٌ فحَلَف عليه .

فصل : ومَن حَكَمْنا بإسْلامِ أحَدِ أبَوَيْه ، أو مَوْتِه ، أو إسْلامِ سَابِيه ، فحُكْمُه حُكْمُ سائرِ المُسْلِمينَ فى حَياتِه ومَوْتِه ، ووُجُوبِ القَوَدِ على قاتِلِه قبلَ البُلُوغِ أو بعدَه .

وإن كَفَر بعدَ بُلُوغِه ، فهو مُرْتَدٌّ يُسْتَتَابُ ثَلاثًا ، فإن تابَ وإلَّا قُتِلَ ؛ لأنَّه محْكُومٌ بإسْلامِه يَقِينًا ، فأشْبَهَ غيرَه مِن المُسْلِمينَ . ومَن حَكَمْنا بإسْلامِه بالدَّارِ[2] ، وهو اللَّقِيطُ ، فكذلك ؛ لأنَّه محْكُومٌ بإسْلامِه ظاهِرًا ، فهو كالثابِتِ يَقِينًا . وذَكَر القاضى وَجْهًا آخَرَ أنَّه يُقَرُّ على كُفْرِه ؛ لأنَّه لم يَثْبُتْ إسْلامُه يَقِينًا .

فصل : فإن بَلَغ اللَّقِيطُ فقَذَفَه إنْسانٌ ، أو جَنَى عليه و[3] ادَّعَى رِقَّه ، فكَذَّبَه اللَّقِيطُ ، فالقولُ قولُ اللَّقِيطِ ؛ لأنَّه حُرٌّ فى الحُكْمِ . ويَحْتَمِلُ أن يُقْبَلَ قَوْلُ المُدَّعِى فى دَرْءِ حَدِّ القَذْفِ خاصَّةً ؛ لأنَّه مِمَّا يُدْرَأُ[4] بالشُّبُهاتِ ، بخِلافِ القِصاصِ .

---

(١) فى الأصل : « شهد » .

(٢) فى م : « للدار » .

(٣) فى الأصل ، ف ، م : « أو » .

(٤) فى س ٢ : « يندرئ » .

فصل : وإن بَلَغ فتصَرَّفَ ، ثم ثَبَت رِقُّه ، فحُكْمُ تَصَرُّفِه حُكْمُ تَصَرُّفِ العَبِيدِ[1] ؛ لأنَّه ثَبَت أنَّه مملوكٌ . وإن أقَرَّ بالرِّقِّ على نَفْسِه بعدَ أن كان أقَرَّ بالحُرِّيَّةِ ، لم يُقْبَلْ إقْرارُه بالرِّقِّ ؛ لأنَّه قد لَزِمَه بالحُرِّيَّةِ أحْكَامٌ مِن العِبادَاتِ والمُعامَلاتِ ، فلم يَمْلِكْ إسْقاطَها . وإن لم يتقَدَّمْ منه إقْرارٌ بالحُرِّيَّةِ ، وكَذَّبه المُقَرُّ له ، بَطَل إقْرَارُه ؛ لأنَّه لا يَثْبُتُ رِقُّه لمَن لا يَدَّعِيه . فإن أقَرَّ بعدَه لغيرِه ، قُبِلَ ، كما لو أقَرَّ له بمالٍ . وَيَحْتَمِلُ أن لا يُقْبَلَ ؛ لأنَّ فى إقْرارِه للأوَّلِ[2] اعْتِرافًا بأنَّه ليس لغيرِه ، فلم يُقْبَلْ رُجوعُه عنه ، كما لا يُقْبَلُ رُجوعُه عن الحُرِّيَّةِ . وإن صدَّقَه الأوَّلُ ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا يُقْبَلُ ؛ لأنَّه محْكُومٌ بحُرِّيَّتِه ، فلا يُقْبَلُ إقْرارُه بما يُبْطِلُها ، كما لو أقَرَّ بها . والثانى ، يُقْبَلُ ؛ لأنَّه مَجْهُولُ الحالِ أقَرَّ بالرِّقِّ ، فقُبِلَ ، كما لو قَدِم رَجُلانِ مِن دارِ الحَرْبِ ، فأقَرَّ أحدُهما لصاحِبِه بالرِّقِّ . فعلى هذا ، يَحْتَمِلُ أن يُقْبَلَ إقْرارُه فى جميعِ أحْكامِه ؛ لأنَّه مَعْنًى يُثْبِتُ الرِّقَّ ، فأثْبَتَه فى جميعِ أحْكامِه ، كالبَيِّنَةِ . ويَحْتَمِلُ أن يُقْبَلَ فيما عليه دُونَ ما لَه ؛ لأنَّه أقَرَّ بما يُوجِبُ حَقًّا له وعليه ، فيَثْبُتُ ما عليه دُونَ ما له . كما لو قال : لفُلانٍ عَلَيَّ أَلْفٌ على رَهْنٍ لى عندَه . فإن قلنا بالأوَّلِ وكان قد نَكَح ، فهو فاسِدٌ ، حُكْمُه حُكْمُ ما لو تزَوَّجَ العَبْدُ أو الأمَةُ بغيرِ إذنِ سَيِّدِه . وإن تَصَرَّفَ بغيرِ النِّكاحِ ، فَسَدَت عُقُودُه كلُّها ، وتُرَدُّ الأعْيانُ إلى أرْبابِها إن كانت باقِيَةً ، وإن كانت تالِفَةً ، ثَبتَتْ قِيمَتُها فى ذِمَّتِه ؛ لأنَّها ثَبَتَتْ[3] بِرِضا أصحابِها . وإن قلنا : لا يُقْبَلُ

---

(١) فى الأصل : « العبد » .

(٢) فى س ٢ ، م : « الأول » .

(٣) فى س ١ : « ثبت » ، وفى م : « تلفت » .

فيما له. وهى[1] أمَةٌ، فنِكاحُها صَحِيحٌ، ولا مَهْرَ لها إن كان قبلَ الدُّخُولِ، وإن كانَ بعدَه[2]، فلها الأَقَلُّ مِن المُسَمَّى أو مَهْرِ المِثْلِ، ولزَوْجِها الخِيارُ بينَ المُقامِ معها على أنَّها أمَةٌ، أو فِراقِها، [3]إن كان مِمَّن يَجُوزُ له[4] نِكاحُ الإماءِ[3]؛ لأنَّه قد ثَبَت كونُها أمَةً فى المُسْتَقْبَلِ. وإن كان المُقِرُّ [٢١٢ظ] ذَكَرًا، فَسَد نِكاحُه؛ لإقْرارِه أنَّه عَبْدٌ نكَحَ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه. وحُكْمُه حُكْمُ الحُرِّ فى وُجُوبِ المُسَمَّى أو نِصْفِه إن كان قبلَ الدُّخُولِ. ولا تَبْطُلُ عُقُودُه، وما عليه مِن الحُقُوقِ والأَثْمانِ يُؤَدَّى مِمَّا فى يَدِه، وما فَضَل فَفِى ذِمَّتِه، وما فَضَل معه فلِسَيِّدِه. وإن كان[5] جَنَى جِنايَةً تُوجِبُ القِصاصَ، اقْتُصَّ منه، حُرًّا كان المَجْنِىُّ عليه أو عَبْدًا. وإن كانت خَطَأً تعَلَّقَ أَرْشُها برَقَبَتِه؛ لأنَّه عَبْدٌ، وإن جَنَى عليه حُرٌّ، فلا قَوَدَ؛ لأنَّه عَبْدٌ.

---

(١) فى النسخ عدا م: «هو».

(٢) فى الأصل: «بعد الدخول».

(٣ - ٣) سقط من: م.

(٤) سقط من: الأصل.

(٥) سقط من: م.



بابُ الوَدِيعَةِ

قَبُولُ الوَدِيعَةِ مُسْتَحَبٌّ لمَن عَلِم مِن نفسِه الأَمانَةَ ؛ لِما فيه مِن قَضاءِ حاجَةِ أخِيه ومَعُونَتِه ، وقد أمَرَ اللَّهُ تعالى ورسولُه بهما . وإن كان عاجِزًا عن حِفْظِها ، أو خائفًا مِن نَفْسِه عليها ، لم يَجُزْ له قَبُولُها ؛ لأنَّه يُغَرِّرُ بها ، إلَّا أن يُخْبِرَ رَبَّها بذلك فيَرْضاه ، فإنَّ[1] الحقَّ له ، فيَجُوزُ بِبَذْلِه[2] .

ولا يجوزُ قَبُولُها إلَّا مِن جائزِ التَّصَرُّفِ فى المالِ ، فإنِ اسْتُودِعَ مِن صَبِيٍّ غيرِ مأْذُونٍ له ، أو سَفِيهٍ ، أو مَجْنُونٍ ، ضَمِن ؛ لأنَّه أخَذ مالَه مِن غيرِ إذْنٍ شَرْعِيٍّ ، فضَمِنَه ، كما لو غَصَبَه ، ولا يَبْرَأُ إلَّا بتَسْليمِه إلى وَلِيِّه ، كما لو غَصَبَه إيَّاه . فإن خاف أنَّه إنْ لم يأْخُذْه منهم[3] أتْلَفُوه[4] ، لم يَضْمَنْه إنْ أخَذَه ؛ لأنَّه قصَدَ تَخْلِيصَه مِن الهَلاكِ ، فلم يَضْمَنْه ، كما لو وجَدَه فى سَيْلٍ فأخْرَجَه منه .

فصل : والوَدِيعةُ أمانةٌ ، إذا تَلِفَتْ مِن غيرِ تَفْرِيطٍ ، لم يَضْمَنِ المُودَعُ بالإجْماعِ ؛ لِما روَى عَمْرُو بنُ شُعَيْبٍ ، عن أَبِيه ، عن جَدِّه ، رَضِىَ اللَّهُ

---

(١) بعده فى الأصل : « كان » .

(٢) فى م : « بذله » .

(٣) فى الأصل : « منها » ، وفى س ٢ ، ف ، ب ، م : « منهما » .

(٤) فى الأصل ، س ٢ ، ف ، ب ، م : « أتلفاه » .

عنه ، أنَّ النبيَّ ﷺ قال : « ليس على المُسْتَوْدَعِ ضَمَانٌ »[1] . فإن تَلِفَت مِن بينِ مالِه ، ففيها رِوايَتان ؛ أظْهَرُهما ، لا يَضْمَنُ ؛ للخَبَرِ ، ولأنَّه أَمِينٌ لم تظْهَرْ منه خِيانةٌ ، فلم يَضْمَنْ ، كما لو ذَهَب معها شيءٌ مِن مالِه . والأُخْرَى ، يَضْمَنُ ؛ لأنَّه رُوِيَ عن عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عنه ، أنَّه ضَمَّنَ أنسًا وَدِيعَةً ذَهَبَت مِن بينِ مالِه[2] .

فصل : فإن لم يُعَيِّنْ له صاحِبُها الحِرْزَ ، لَزِمَه حِفْظُها فى حِرْزِ مِثْلِها ، فإن أخَّرَ إحْرازَها فتَلِفَت ، ضَمِنَها ؛ لتَرْكِه الحِفْظَ مِن غيرِ عُذْرٍ . وإن تَرَكَها فى دُونِ[3] حِرْزِ مِثْلِها ، ضَمِن ؛ لأنَّ الإيداعَ يَقْتَضِى الحِفْظَ ، فإذا أطْلَقَ ، حُمِلَ على المُتَعارَفِ ، وهو حِرْزُ المِثْلِ . وإن أحْرَزَها فى حِرْزِ مِثْلِها أو فَوْقَه ، لم يَضْمَنْ ؛ لأنَّ مَن رَضِىَ بحِرْزِ مِثْلِها رَضِىَ بما فَوْقَه .

فصل : فإن عَيَّنَ له الحِرْزَ ، فقال : أَحْرِزْهَا فى هذا البَيْتِ . فتَرَكَها فيما دُونَه ، ضَمِنَ ؛ لأنَّه لم يَرْضَه . وإن تَرَكَها فى مِثْلِه أو أحْرَزَ منه ، فقال القاضى : لا يَضْمَنُ ؛ لأنَّ مَن رَضِىَ شيئًا رَضِىَ مِثْلَه وفَوْقَه . وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ أنَّه يَضْمَنُ ؛ لأنَّه خالَفَ أمْرَه لغيرِ حاجَةٍ ، فأَشْبَهَ ما لو نَهاه .

وإن قال : احْفَظْها فى هذا البَيْتِ ولا تَنْقُلْها عنه . فنَقَلَها لغيرِ حاجَةٍ ، ضَمِنَها ، سَواءٌ نقَلَها إلى مِثْلِه أو أحْرَزَ منه ؛ لأنَّه خالَفَ نَصَّ صاحِبِها .

---

(١) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب الوديعة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢/ ٨٠٢. والدارقطنى ، فى : سننه ٣/ ٤١. وانظر : الإرواء ٥/ ٣٨٥، ٣٨٦.

(٢) أخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى ٦/ ٢٨٩.

(٣) بعده فى م : « من » .

[٢١٣و] وإن خاف عليها نَهْبًا أو هَلَاكًا، فأَخْرَجَها، لم يَضْمَنْها؛ لأنَّ النَّهْىَ للاحْتِياطِ عليها، والاحْتِياطُ فى هذه الحالِ نَقْلُها. فإن ترَكَها فتَلِفَتْ، ضَمِنَها؛ لأنَّه فَرَّطَ فى تَرْكِها. ويَحْتَمِلُ أن لا يَضْمَنَ؛ لأنَّه امْتَثَلَ أمْرَ صاحِبِها.

فإن قال: لا تُخْرِجْها وإنْ خِفْتَ عليها. فأَخْرَجَها لِخَوْفِه عليه، لم يَضْمَنْ؛ لأنَّه زادَه خَيْرًا، وإن ترَكَها فتَلِفَتْ، لم يَضْمَنْ؛ لأنَّ نَهْيَه مع خَوْفِ الهَلاكِ إبْراءٌ مِن الضَّمانِ، فأَشْبَهَ ما لو أَمَرَه بإتْلَافِها، فأَتْلَفَها. فإن أخْرَجَها فتَلِفَتْ، فادَّعى: إنَّنى أخْرَجْتُها خَوْفًا عليها. فعليه البَيِّنَةُ على ما ادَّعَى وُجُودَه فى تلكَ الناحِيَةِ؛ لأنَّه ممَّا لا يتَعَذَّرُ إقامَةُ البَيِّنَةِ عليه، ثم القولُ قَوْلُه فى خَوْفِه عليها وفى التَّلَفِ، مع يَمِينِه؛ لتعَذُّرِ إقامَةِ البَيِّنَةِ عليهما[1].

فإن قال: لا تَقْفِلَنَّ عليها قُفْلَيْن، ولا تَنَمْ فَوْقَها. فخَالَفَه، فالمَذْهَبُ أنَّه لا يَضْمَنُ؛ لأنَّه زادَ فى الحِرْزِ، فأَشْبَهَ ما لو قال له: اتْرُكْها فى صَحْنِ الدَّارِ. فتَرَكَها فى البَيْتِ. ويَحْتَمِلُ أن يَضْمَنَ؛ لأنَّه نَبَّهَ اللِّصَّ عليها وأغْراه بها.

فصل: فإن أُودِعَ نفَقَةً، فرَبَطَها فى كُمِّه، لم يَضْمَنْ، وإن ترَكَها فيها بغيرِ رَبْطٍ، وكانَت خَفِيفَةً لا يَشْعُرُ بسُقُوطِها، ضَمِن لتفْرِيطِه، وإن كانَت ثَقِيلَةً يشْعُرُ بها، لم يَضْمَنْ. وإن ترَكَها فى جَيْبِه، أو شَدَّها على عَضُدِه، لم يَضْمَنْها؛ لأنَّ العادَةَ جارِيَةٌ بالإحْرازِ بهما. وإن قال: ارْبِطْها فى

(١) فى م: «عليها».

كُمِّكَ . فأمْسَكَها فى يَدِه ، ضَمِنَ ؛ لأنَّ اليَدَ يَسْقُطُ منها الشئُ بالنِّسْيانِ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَضْمَنَ ؛ لأنَّ اليَدَ لا يتَسَلَّطُ عليها الطَّرَّارُ بالبَطِّ[1] . وقال القاضى : اليَدُ أحْرَزُ عندَ المُغالَبَةِ ، والكُمُّ أحْرَزُ عندَ غيرِها . فإنْ ترَكَها فى يَدِه عندَ المُغالَبَةِ ، فلا ضَمانَ عليه ؛ لأنَّه زادَها احْتِياطًا ، وإلَّا ضَمِنَها لنَقْلِهَا إلى أَدْنَى مِمَّا أمَرَه به . وهذا صَحِيحٌ . وإن قال : اجْعَلْها فى كُمِّكَ . فترَكَها فى جَيْبِه ، لم يَضْمَنْ ؛ لأنَّه أحْرَزُ ، لأنَّه رُبَّما نَسِىَ فسَقَطَتْ مِن الكُمِّ . وإن قال : اجْعَلْها فى جَيْبِكَ . فترَكَها فى كُمِّه ، ضَمِنَ . وإنْ قال : اتْرُكْها فى بَيْتِكَ . فشدَّها فى ثِيَابِه ، وأخْرَجَها معه ، ضَمِن ؛ لأنَّ البيتَ أحْرَزُ . وإن شَدَّها على عَضُدِه مِمَّا يلى جَيْبِه[2] ، لم يَضْمَنْ ؛ لأنَّه أَحْرَزُ مِن البيتِ . وإنْ شَدَّها مِمَّا يَلِى الجانِبَ الآخَرَ ، ضَمِن ؛ لأَنَّ البيتَ أحْرَزُ[3] ، لأنَّه رُبَّما يَبُطُّها الطَّرَّارُ . وإن قال : احْفَظْها فى البيتِ . ودَفَعَها إليه فى غيرِه ، فمَضَى بها إليه فى الحالِ ، لم يَضْمَنْ ، وإن قَعَد وتَوانَى ، ضَمِنَها ؛ لأنَّه تَوانَى عن حِفْظِها فيما أُمِرَ به مع الإمْكانِ .

فإن قال : احْفَظْ هذا الخاتَمَ فى البِنْصَرِ . فجَعَلَه فى الخِنْصَرِ ، ضَمِنَ ؛ لأنَّها دُونَ البِنْصَرِ ، فالخاتَمُ فيها أسْرَعُ إلى الوُقُوعِ . وإن جَعَلَه فى الوُسْطَى ، وأمْكَنَ إدْخالُه فى جَمِيعِها ، لم يَضْمَنْ ؛ لأنَّها أغْلَظُ ، فهى أحْفَظُ له[4] .

---

(١) الطرار : النشال ، وبط الكم : شقه .

(٢) فى الأصل ، س ١ ، س ٢ ، ب ، م : « جنبه » .

(٣) بعده فى م : « منه و » .

(٤) سقط من : م .

وإنِ انْكَسَرَ أو بَقِىَ فى رأْسِها ، ضَمِنَه ؛ لتَعدِّيه فيه .

وإن قال : لا تُدْخِلْ أحَدًا البيتَ الذى فيه الوَدِيعَةُ . فخالفَه ، فَسُرِقَتْ ، ضَمِن ؛ لأنَّ الدّاخِلَ رُبَّما دَلَّ السارِقَ عليها .

فصل : وإن أرادَ المُودَعُ السَّفرَ ، أو عَجَز عن حِفْظِها ، رَدَّها على[(1)] صاحبِها أو وَكِيلِه ، ولم يَجُزْ دَفْعُها إلى الحاكِمِ ؛ لأنَّه لا وِلايَةَ للحاكمِ على حاضِرٍ . فإن سافَرَ بها فى طَرِيقٍ مَخُوفٍ ، أو إلى بَلَدٍ مَخُوفٍ ، أو نَهاه [213ظ] المالِكُ عن السَّفَرِ بها ، ضَمِن ؛ لأنَّه مُفَرِّطٌ أو مُخالِفٌ ، وإن لم يكنْ كذلك ، لم يَضْمَنْ ؛ لأنَّه نقَلَها إلى موضعٍ[(2)] مأْمُونٍ ، أَشْبَهَ ما لو نقَلَها فى البَلَدِ .

وإنْ لم يُرِدِ السَّفَرَ بها ، و[(3)] لم يَجِدْ[(4)] مالِكَها ، دفعَها إلى الحاكمِ ؛ لأنَّه مُتبَرِّعٌ بالحِفْظِ ، فلا يلْزَمُه ذلك مع الدَّوامِ ، والحاكِمُ يقُومُ مَقامَ صاحبِها عندَ غَيْبَتِه . فإن دَفَعَها إلى غيرِه مع قُدْرَتِه عليه ، ضَمِنَها ؛ لأنَّه كصاحبِها عندَ غَيْبَتِه . وإن لم يجِدْ حاكِمًا ، أودَعَها ثِقَةً ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ لَمَّا أرادَ أن يُهاجِرَ أَوْدَعَ الودائِعَ التى كانَت عندَه لأُمِّ أَيْمَنَ[(5)] . ولأنَّه مَوْضِعُ حاجَةٍ . وعنه ، يَضْمَنُ . قال القاضى : يَعْنِى إذا أَوْدَعَها مِن غيرِ حاجَةٍ .

---

(1) فى م : « إلى » .
(2) سقط من : م .
(3) فى س 2: « وإن » .
(4) فى م : « يوجد » .
(5) أخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى 6/ 289.

فإن دفنَها فى الدَّارِ ، وأعْلَمَ بها ثِقَةً يدُه على المكَانِ ، فهو كإيداعِها إيَّاه ، وإن لم يُعْلِمْ بها أحَدًا ، فقد فرَّطَ ؛ لأنَّه لا يأْمَنُ الموتَ فى سفَرِه . وإن أعْلَمَ بها مَن لا يَدَ له على المكانِ ، فكذلك ؛ لأنَّه ما أوْدَعَها . وإن أعْلمَ بها غيرَ ثِقَةٍ ضَمِنَها ؛ لأنَّه عرَّضَها للذَّهَابِ .

وإن حَضَرَه الموتُ ، فهو كسَفَرِه ؛ لأنَّه يَعْجزُ عن حِفْظِها .

فصل : ولا يجوزُ أن يُودِعَ الوَدِيعةَ عندَ غيرِه لغيرِ حاجَةٍ ؛ لأنَّ صاحِبَها لم يَرْضَ أمانةَ غيرِه ، فإن فعَل فتَلِفَتْ عندَ[1] الثانِى مع عِلْمِه بالحالِ ، فله تَضْمِينُ أَيِّهما شاء ؛ لأنَّهما مُتَعَدِّيان ، ويَسْتَقِرُّ ضَمانُها على الثانى ؛ لأنَّ التَّلَفَ حَصَل عندَه ، وقد دَخَل على أنَّه يَضْمَنُ . وإن لم يَعْلَمْ بالحالِ ، فقال القاضى : يُضَمِّنُ أَيَّهما شاء ، ويَسْتَقِرُّ ضَمانُها على الأوَّلِ ؛ لأنَّ الثانىَ دَخَل على أنَّه أمِينٌ . وظاهِرُ كلامِ أحمدَ أنَّه لا يَمْلِكُ تَضْمِينَ الثانِى لذلك .

وإن دَفَعَها إلى مَن جَرَت عادَتُه بحِفْظِ مالِه ؛ كزَوْجَتِه ، وأمَتِه ، وخازِنِه ، لم يَضْمَنْ ؛ لأنَّه حَفِظَها بما يَحْفَظُ به مالَه ، فأَشْبَهَ حِفْظَها بنَفْسِه . وإنِ اسْتَعَان بغيرِه فى حَمْلِها ، ووَضْعِها فى الحِرْزِ ، وسَقْيِ الدَّابَّةِ وعَلْفِها ، لم يَضْمَنْ ؛ لأنَّ العادَةَ جارِيَةٌ بذلك ، أشْبَهَ فِعْلَه بنَفْسِه .

فصل : وإن خلَطَها بما لا تتَمَيَّزُ منه ، ضَمِنَها ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُه رَدُّ أعْيانِها ، وإن خلَطَها بما تتَمَيَّزُ منه ، كصِحاحٍ بمُكَسَّرَةٍ ، وسُودٍ ببِيضٍ ، لم

---

(١) فى الأصل : « فى يد » .

يَضْمَنْ؛ لأنَّها تَتَميَّزُ مِن مالِه، أشْبَهَ ما لو ترَكَها مع أكْياسٍ له فى صُنْدُوقِه. وعنه فى مَن خَلَط بِيضًا بسُودٍ: يَضْمَنُ. وهذا مَحْمُولٌ على أنَّ السُّودَ تُؤَثِّرُ فى البِيضِ، فيَضْمَنُها لذلك. وخَرَّجَ أبو الخَطَّابِ مِن هذه الرِّوايَةِ أنَّه يضْمَنُها إذا خلَطَها مع التَّمْيِيزِ.

وإن أوْدَعَه دَرَاهِمَ فى كِيسٍ مَشْدُودٍ، فحَلَّه، أو خرَقَ ما تحتَ الشَّدِّ، أو كسَرَ الخَتْمَ، ضَمِنَ ما فيه؛ لأنَّه هَتَكَ الحِرْزَ لغيرِ عُذْرٍ. فإن كانَت فى غيرِ وِعَاءٍ، فأخَذ منها دِرْهَمًا، ضَمِنَه وحدَه؛ لأنَّه تعَدَّى فيه وحدَه، فإن رَدَّه إليها، لم يَزُلْ ضَمانُه؛ لأنَّه ثَبتَ بتَعَدِّيه فيه، فلم يَزُلْ إلَّا بردِّه إلى مالِكِه، وإن رَدَّ بدَلَه وكان مُتَميِّزًا، لم يَضْمَنْ غيرَه لذلك، وإن لم يتَمَيَّزْ، ضَمِن الكُلَّ لخَلْطِه الوَدِيعَةَ بما لا يتَمَيَّزُ. وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ أنَّه لا يَضْمَنُ غيرَه؛ لأنَّه لا يَعْجِزُ عن رَدِّها، ورَدٌّ ما يلْزَمُه رَدُّه معها.

ومَن لَزِمَه الضَّمانُ بتَعَدِّيه، فترَكَ التَّعَدِّىَ، لم [٢١٤و] يَبْرَأْ مِن ضَمانِها؛ لأنَّ الضَّمانَ تعَلَّقَ بذِمَّتِه، فلم يَبْرَأْ بتَرْكِ التَّعَدِّى، كما لو غصَبَ شيئًا مِن دارٍ، ثم ردَّه إليها، وإن رَدَّها إلى صاحِبِها، ثم رَدَّها صاحِبُها إليه، بَرِئَ؛ لأنَّ هذا وَدِيعَةٌ ثانيةٌ. وإن أبْرَأَه مِن الضَّمانِ، بَرِئَ؛ لأنَّ الضَّمانَ حقُّه، فبَرِئَ منه بإبْرائِه، كدَيْنِه.

فصل: فإن أُودِعَ بَهِيمَةً، فلم يَعْلِفْها ولم يَسْقِها حتى ماتَت، ضَمِنَها؛ لأنَّ فى ذلك هَلاكَها، فأَشْبَهَ ما لو لم يُحْرِزْها. وإن نَهاه المالِكُ عنه، فترَكَه، أَثِمَ؛ لحُرْمَةِ الحيَوانِ، ولم يَضْمَنْ؛ لأنَّ مالِكَها أَذِن فى إتْلَافِها، فأَشْبَهَ ما لو أمَرَه بقَتْلِها. والحُكْمُ فى النَّفَقَةِ والرُّجُوعِ كالحُكْمِ فى نفَقَةِ

البَهائمِ المَرْهُونَةِ ؛ لأَنَّها أمَانةٌ مِثلُها .

فصل : وإذا أخْرَجَ الوَدِيعَةَ مِن حِرْزِها لمَصْلَحَتِها ؛ كإِخْرَاجِ الثِّيابِ للنَّشْرِ ، والدَّابَّةِ للسَّقْيِ والعَلْفِ ، على ما جَرَت به العادَةُ ، لم يَضْمَنْ ؛ لأَنَّ الإِذْنَ المُطْلَقَ يُحْمَلُ على الحِفْظِ المُعْتادِ .

وإن نَوَى جَحْدَ الوَدِيعَةِ ، أو إمْسَاكَها لنَفْسِه ، أو التَّعَدِّىَ فيها ، ولم يَفْعَلْ ، لم يَضْمَنْ ؛ لأَنَّ النِّيَّةَ المُجَرَّدَةَ مَعْفُوٌّ عنها ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « عُفِىَ لأُمَّتِى عَمّا حَدَّثَتْ بِهِ أنْفُسَها ، ما لَمْ تَكَلَّمْ بِهِ ، أو تَعْمَلْ به » . (١رَواه البخارىُّ ، ومسلمٌ ، ولفْظُهما : « إنَّ اللَّهَ تَجاوَزَ عن »١) . وإن أخْرَجَها لِيَنْتَفِعَ بها ، ضَمِنَها ؛ لأَنَّه تصَرَّفَ فيها بما يُنافِى مُقْتَضاهَا ، فضَمِنَها ، كما لو

(١ - ١) سقط من : س ٢ ، م ، وفى س ١ : « رواه البخارى ومسلم بمعناه » ، وفى ف : « متفق عليه » .

والحديث أخرجه البخارى ، فى : باب الطلاق فى الإغلاق والكره والسكران والمجنون ... ، من كتاب الطلاق ، وفى : باب إذا حنث ناسيا فى الأيمان ... ، من كتاب الأيمان . صحيح البخارى ٧/ ٥٩ ، ٨/ ١٦٨ . ومسلم ، فى : باب تجاوز اللّه عن حديث النفس والخواطر بالقلب إذا لم تستقر ، من كتاب الإيمان . صحيح مسلم ١/ ١١٦ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الوسوسة بالطلاق ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/ ٥١٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى من يحدث نفسه بطلاق امرأته ، من أبواب الطلاق . عارضة الأحوذى ٥/ ١٥٥ ، ١٥٦ . والنسائى ، فى : باب من طلق فى نفسه ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦/ ١٢٧ ، ١٢٨ . وابن ماجه ، فى : باب من طلق فى نفسه ولم يتكلم ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١/ ٦٥٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٢٥٥ ، ٣٩٣ ، ٤٢٥ ، ٤٧٤ ، ٤٨١ ، ٤٩١ .

ولفظ البخارى فى الموضع الثانى : « إن اللّه تجاوز لأمتى عما ... » . وكذا مسلم ، وعند مسلم أيضا : « إن اللّه تجاوز لأمتى ما ... » .

أحْرَزَها فى غيرِ حِرْزِها. وإن أُخِذَتْ منه قَهْرًا، لم يَضْمَنْ؛ لأنَّه غيرُ مُفَرِّطٍ، أشْبَهَ ما لو تَلِفَت بفِعْلِ اللَّهِ تعالى. وإن أُكْرِهَ حتى سَلَّمَها، لم يَضْمَنْ؛ لأنَّه مُكْرَهٌ، أشْبَهَ الأوَّلَ.

فصل: فإن طُولِبَ بالوَدِيعَةِ فأنْكَرَها، فالقولُ قولُه؛ لأنَّ الأصْلَ عدَمُها، وإن أقَرَّ بها، وادَّعَى رَدَّها، أو تَلَفَها بأمْرٍ خَفِيٍّ، قُبِلَ قولُه مع يَمِينِه؛ لأنَّه قَبَضَها لنَفْعِ مالِكِها. وإن كان بأمْرٍ ظاهِرٍ، فعليه إقامَةُ البَيِّنَةِ بوُجُودِه فى تلك الناحِيَةِ، ثم القولُ قولُه مع يَمِينِه.

فصل: وإن طالَبَه برَدِّ الوَدِيعَةِ، فأَخَّرَه لعُذْرٍ، لم يَضْمَنْ؛ لأنَّه لا تَفْرِيطَ مِن جِهَتِه. وإن أَخَّرَه لغيرِ[1] عُذْرٍ، ضَمِنَها؛ لتَفْرِيطِه. ومُؤْنَةُ رَدِّها على مالِكِها؛ لأنَّ الإيداعَ لحَظِّه.

---

(١) فى م: «من غير».



بَابُ العارِيَّةِ

وهى هِبَةُ المَنافِعِ. وهى مَنْدُوبٌ إليها؛ لقولِ اللَّهِ تعالى: ﴿ وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ﴾[1]. ولأَنَّ فيها عَوْنًا لأخِيه المُسْلم وقَضاءَ حاجَتِه: «واللَّهُ فِي عَوْنِ العَبْدِ ما كان العبدُ[2] فِي عونِ أخِيه»[3].

وتصِحُّ فى كلِّ عَيْنٍ يُنْتَفَعُ بها مع بَقاءِ عَيْنِها؛ لأَنَّ النبىَّ ﷺ اسْتَعارَ مِن أبى طَلْحَةَ فَرَسًا فرَكِبَها[4]. واسْتَعارَ مِن صَفْوانَ بنِ أُمَيَّةَ أدْراعًا. رَواه

---

(١) سورة المائدة ٢.

(٢) زيادة من: ف، م.

(٣) أخرجه مسلم، فى: باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن ...، من كتاب الذكر والدعاء. صحيح مسلم ٤/ ٢٠٧٤. وأبو داود، فى: باب المعونة للمسلم، من كتاب الأدب. سنن أبى داود ٢/ ٥٨٣، ٥٨٤. والترمذى، فى: باب ما جاء فى الستر على المسلم، من أبواب الحدود. وفى: باب ما جاء فى السترة على المسلم، من أبواب البر والصلة، وفى: باب حدثنا محمود بن غيلان، من أبواب القراءات. عارضة الأحوذى ٦/ ١٩٩، ٢٠٠، ٨/١١٦ - ١١٨، ١١/ ٦٣، ٦٤.وابن ماجه، فى: باب فضل العلماء والحث على طلب العلم، من المقدمة. سنن ابن ماجه ١/ ٨٢. والإمام أحمد، فى: المسند ٢/ ٢٠٢، ٢٩٦، ٥٠٠، ٥١٤.

(٤) أخرجه البخارى، فى: باب اسم الفرس والحمار، وباب الركوب على الدابة ...، من كتاب الجهاد والسير، وفى: باب المعاريض مندوحة عن الكذب، من كتاب الأدب. صحيح البخارى ٣٥/٤ - ٣٧، ٥٨/٨. ومسلم، فى: باب فى شجاعة النبى ﷺ، من كتاب الفضائل. صحيح مسلم ٤/ ١٨٠٢، ١٨٠٣. وأبو داود، فى: باب ما روى فى الرخصة فى ذلك، من كتاب الأدب. سنن أبى داود ٢/ ٥٩٣. والترمذى، فى: باب ما جاء فى الخروج عند الفزع، =

أبو داودَ[(١)] . وسُئِلَ ﷺ عن حَقِّ الإبِلِ ، فقال : « إعارَةُ دَلْوِهَا ، وإطْراقُ فَحْلِهَا »[(٢)] . فثَبتَ إعارَةُ ذلك بالخَبَرِ ، وقِسْنا عليه سائرَ ما يُنْتفَعُ به مع بَقاءِ عَيْنِه . ويجوزُ إعارَةُ الفَحْلِ للضِّرابِ ؛ [٢١٤ظ] للخَبَرِ ، والكَلْبِ للصَّيْدِ ؛ قِياسًا عليه .

فصل : ولا تجوزُ إعارَةُ العَبْدِ المُسْلِمِ لكافِرٍ ؛ لأنَّه لا يجوزُ أن يَسْتَخْدِمَه ، ولا الصَّيْدِ لمُحْرِمٍ ؛ لأنَّه لا يجوزُ له إمْساكُه . ولا الجارِيَةِ الجميلَةِ لغيرِ ذى مَحْرَمٍ منها ، (٣على وجهٍ يُفْضِى إلى خَلْوَتِه بها٣) ؛ لأنَّه لا يُؤْمَنُ عليها ، فإن كانتْ شَوْهاءَ ، أو كبِيرَةً لا يُشْتَهَى مِثْلُها ، فلا بَأْسَ ؛ لأنَّه يُؤْمَنُ عليها .

ويُكْرَهُ اسْتِعارَةُ والِدَيْه للخِدْمَةِ ؛ لأنَّه يُكْرَهُ له اسْتِخْدامُهما ، فكُرِهَ اسْتِعارَتُهما لذلك .

= من أبواب الجهاد . عارضة الأحوذى ٧/ ١٨١ - ١٨٣. والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ١٧١، ١٨٠، ٢٧٤.

(١) فى : باب فى تضمين العارية ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢/ ٢٦٥.

كما أخرجه النسائى ، فى : باب ذكر اختلاف شريك وإسرائيل ...، من كتاب العارية . السنن الكبرى ٣/ ٤١٠. والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٤٠١، ٦/ ٤٦٥. والحاكم ، فى : المستدرك ٢/ ٤٧. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٦/ ٨٩. وانظر : الإرواء ٥/ ٣٤٤ - ٣٤٦.

(٢) أخرجه مسلم ، فى : باب إثم مانع الزكاة ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٢/ ٦٨٤، ٦٨٥. والنسائى ، فى : باب مانع زكاة البقر ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٥/ ١٨. والدارمى ، فى : باب من لم يؤد زكاة الإبل والبقر والغنم ، من كتاب الزكاة . سنن الدارمى ١/ ٣٧٩، ٣٨٠. والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٣٢١

(٣ - ٣) سقط من : س ٢، م .

فصل: فإن قَبَض العَيْنَ، ضَمِنَها؛ لِما روَى صَفْوانُ بنُ أُمَيَّةَ أنَّ النبيَّ ﷺ اسْتَعارَ منه أدْرَاعًا يومَ حُنَيْنٍ، فقالَ: أَغَصْبًا يا مُحَمَّدُ؟ قال: «بَلْ عَارِيَّةٌ مَضْمُونَةٌ»[1]. ورُوِىَ: «مُؤَدَّاةٌ». رَواه أبو داودَ[2]. ولأنَّه قَبَض مالَ غيرِه لنَفْعِ نفْسِه، لا للوَثِيقَةِ، فضَمِنَه، كالمَغْصُوبِ. وعليه مُؤْنَةُ رَدِّها لذلك. فإن شَرَط نَفْىَ الضَّمانِ، لم يَنْتَفِ؛ لأنَّ ما يُضْمَنُ لا يَنْتَفِى بالشَّرْطِ. وقال أبو حَفْصٍ العُكْبَرِىُّ: يَبْرَأُ؛ لأنَّ الضَّمانَ حقُّه، فسَقَط بإسْقاطِه، كالوَدِيعَةِ التى تعَدَّى فيها. فإنِ اسْتَخْلَقَ الثَّوْبُ، أو نَقَصَتْ قِيمَتُها، لم يَضْمَنْ؛ لأنَّه مأْذُونٌ فيه، لدُخُولِه فيما هو مِن ضَرُورَتِه. ولو تَلِفَتْ، ضَمِنَها بقِيمَتِها يومَ تَلَفِها؛ لأنَّ نَقْصَها قبلَ ذلكَ غيرُ مَضْمُونٍ، بدَلِيلِ أنَّه لو رَدَّها، لم يَضْمَنْه. وإن تَلِفَت أجْزاؤُها بالاسْتِعْمالِ؛ كخَمْلِ المِنْشَفَةِ[3]، ففيه وجهان؛ أحدُهما، لا يَضْمَنُه؛ لِما ذكَرْنا. والثانى، يَضْمَنُه؛ لأنَّه مِن أجْزائِها، فيَضْمَنُه، كسائرِ أجْزائِها.

---

(١) تقدم تخريجه فى الصفحة السابقة.

(٢) فى: الباب السابق. سنن أبى داود ٢/ ٢٦٦.

كما أخرجه النسائى، فى: باب تضمين العارية، من كتاب العارية. السنن الكبرى ٣/ ٤٠٩. وابن حبان، انظر: الإحسان ١١/ ٢٢، ٢٣. الإمام أحمد، فى: المسند ٤/ ٢٢٢. كلهم عن صفوان بن يعلى بن أمية عن أبيه يعلى بن أمية، فى قصة أخرى غير قصة صفوان بن أمية. وصححه فى الإرواء ٥/ ٣٤٨.

وبهذا اللفظ فى قصة صفوان بن أمية أخرجه الحاكم، فى: المستدرك ٢/ ٤٧. والبيهقى، فى: السنن الكبرى ٦/ ٨٩. كلاهما عن ابن عباس. وفيه إسحاق بن عبد الواحد القرشى، قال الذهبى: واه جدا. ميزان الاعتدال ١/ ١٩٥.

(٣) خمل المنشفة: هدبها.

وإن تَلِفَ وَلَدُ العارِيَّةِ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يَضْمَنُه ؛ لأنَّه تابِعٌ لِما يجِبُ ضَمانُه ، فيَجِبُ ضَمانُه ، كوَلَدِ المَغْصُوبِ . والثانى ، لا يَضْمَنُ ؛ لأنَّه لم يَدْخُلْ فى العارِيَّةِ ، فلم يدْخُلْ فى الضَّمانِ ، بخِلافِ المَغْصُوبَةِ ؛ فإنَّ ولَدَها داخِلٌ فى الغَصْبِ .

فصل : والعارِيَّةُ عَقْدٌ جائزٌ ، لكلٍّ واحدٍ منهما فَسْخُها ؛ لأنَّها إباحَةٌ ، فأَشْبَهَتْ إباحَةَ الطَّعامِ . وعليه رَدُّها إلى المُعِيرِ ، أو مَن جَرَتْ عادَتُه أن يَجْرِىَ ذلك على يَدَيْه(١) ، كرَدِّ الدَّابَّةِ إلى سَائِسِها . فإن رَدَّها إلى غيرِهما ، أو دارِ المالِكِ ، أو إصْطَبْلِه ، لم يَبْرَأْ مِن الضَّمانِ ؛ لأنَّ ما وَجَب رَدُّه ، لم يَبْرَأْ برَدِّه إلى ذلك ، كالمَغْصُوبِ .

فصل : ومَن اسْتَعارَ شيئًا ، فله اسْتِيفَاءُ نَفْعِه بنَفْسِه ووَكِيلِه ؛ لأَنَّه نائِبٌ عنه . وليس له أنْ يُعِيرَه ؛ لأنَّها إباحَةٌ ، فلا يَمْلِكُ بها إباحَةَ غيرِه ، كإباحَةِ الطَّعامِ . فإنْ أعارَه فتَلِفَ عندَ الثانِى ، فللمالِكِ تَضْمِينُ أَيِّهما شاءَ ، ويَسْتَقِرُّ الضَّمانُ على الثانِى ؛ لأَنَّه قَبَضَه على أنَّه ضامِنٌ له ، وتَلِفَ فى يَدِه ، فاسْتَقَرَّ الضَّمانُ عليه ، كالغاصِبِ مِن الغاصِبِ .

فصل : وتجوزُ العارِيَّةُ مُطْلَقَةً ومُعَيَّنَةً ؛ لأَنَّها إباحَةٌ ، فأَشْبَهَتْ إباحَةَ الطَّعامِ . فإن أطْلَقَها ، فله أن يَنْتَفِعَ بها فى كلِّ ما يَصْلُحُ له ، فإن كانَت أرْضًا ، فله أن يَبْنِىَ ويَغْرِسَ ويَزْرَعَ ؛ لأَنَّها تَصْلُحُ لذلك كلِّه . وإن عَيَّنَ نَفْعًا ، فله أن يَسْتَوْفِيَه ومثلَه ودُونَه ، وليس له [٢١٥و] اسْتِيفاءُ أكْثَرَ منه ،

---

(١) فى الأصل ، م : « يده » .

على ما ذكَرْنا فى الإجارَةِ.

فصل: وتجوزُ مُطْلَقَةً ومُؤَقَّتَةً، فإن أعارَهَا للغِراسِ سنَةً، لم يَمْلِكِ الغَرْسَ بعدَها، فإنْ غَرَس بعدَها، فحُكْمُه حُكْمُ غَرْسِ الغاصِبِ؛ لأنَّه بغيرِ إذْنٍ، وإنْ رجَعَ قبلَ السَّنَةِ، لم يَمْلِكِ الغَرْسَ بعدَ الرُّجُوعِ؛ لأنَّ الإذْنَ قد زال. فأمَّا ما[1] غَرَسَه بالإذْنِ، فإن كان قد شَرَط عليه قَلْعَه، لَزِمَه؛ لقولِ النبىِّ ﷺ: «المسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ»[2]. حديثٌ حسنٌ صحيحٌ. وإن شَرَط عليه تَسْوِيَةَ الحُفَرِ، لَزِمَه؛ للخَبَرِ، وإلَّا لم يَلْزَمْه؛ لأنَّه أَذِن فى حَفْرِها باشْتِراطِه القَلْعَ، و[3]لم يَشْتَرِطْ تسْوِيَتَها.

وإن لم يَشْتَرِطْ عليه قَلْعَه، لكنْ لا تَنْقُصُ قِيمَتُه بقَلْعِه[4]، لَزِمَ قَلْعُه؛ لأنَّه أمْكَنَ رَدُّ العارِيَّةِ فارِغَةً مِن غيرِ ضَرَرٍ، فوجَبَ، وإنْ نقَصَتْ قِيمَتُه بالقَلْعِ فاخْتارَه المُسْتَعِيرُ، فله ذلك؛ لأنَّه مِلْكُه، فمَلَكَ نَقْلَه. وعليه تَسْوِيَةُ الأَرْضِ؛ لأنَّ القَلْعَ باخْتِيارِه، لو[5] امْتَنَعَ منه لم يُجْبَرْ عليه؛ لأنَّه فَعَلَه لاسْتِخْلاصِ مِلْكِه مِن مِلْكِ غيرِه، فلَزِمَتْه التَّسْوِيَةُ، كالشَّفِيعِ[6] إذا أخَذَ غَرْسَه. وقال القاضى: لا تَلْزَمُه التَّسْوِيَةُ؛ لأنَّ المُعِيرَ دخَلَ على هذا بإذْنِه فى الغِراسِ الذى لا يَزُولُ إلَّا بالحَفْرِ عليه.

---

(١) سقط من: م.

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٧٢.

(٣) بعده فى م: «إن».

(٤) فى س ٢: «بفعله».

(٥) فى الأصل: «أو».

(٦) فى ف: «كالمشترى مع الشفيع».

وإن أَبَى قَلْعَه فبَذَل المُعِيرُ قِيمَتَه ليَمْلِكَه، أُجْبِرَ على قَبُولِها؛ لأنَّ غَرْسَه حَصَل فى مِلْكِ غيرِه بحَقٍّ، فأَشْبَهَ الشَّفِيعَ مع المُشْتَرِى. ولو بذَلَ المُسْتَعِيرُ قِيمَةَ الأَرْضِ ليَمْلِكَها مع غَرْسِه، لم يُجْبَرِ المُعِيرُ عليه؛ لأنَّ الغَرْسَ يَتْبَعُ الأَرْضَ فى المِلْكِ، بخِلافِ الأرْضِ، فإنَّها لا تَتْبَعُ الغَرْسَ، فإن بَذَل المُعِيرُ أَرْشَ النَّقْصِ الحاصِلِ بالقَلْعِ، أُجْبِرَ المُسْتَعِيرُ على قَبُولِه؛ لأنَّه رُجوعٌ فى العارِيَّةِ مِن غيرِ إضْرارٍ. وإن لم يَبْذُلِ القِيمَةَ ولا أَرْشَ النَّقْصِ، وامْتَنَعَ المُسْتَعِيرُ مِن القَلْعِ، لم يُقْلَعْ؛ لأنَّه أذِنَ له فيما يتَأَبَّدُ، فلم يَمْلِكِ الرُّجوعَ على وَجْهٍ يَضُرُّ به، كما لو أذِنَ له فى وَضْعِ خَشَبِه[1] على حائِطِه.

ولم يَذْكُرْ أصْحابُنا عليه أُجْرَةً؛ لأنَّ بقاءَ غَرْسِه بحُكْمِ العارِيَّةِ، وهى انْتِفاعٌ بغيرِ أُجْرَةٍ، كالخَشَبِ على الحائطِ. وذكَرُوا فى الزَّرْعِ أنَّ عليه الأُجْرَةَ لمُدَّةِ بقاءِ الزرعِ مِن حينِ الرُّجوعِ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ الانْتِفاعَ بأرْضِ[2] غيرِه بعدَ الرُّجوعِ بغيرِ أُجْرَةٍ، وهذا يَقْتَضِى وُجوبَ الأُجْرَةِ على صاحِبِ الغِراسِ بعدَ الرُّجوعِ.

وللمُعِيرِ دُخولُ أرْضِه كيف شاء؛ لأنَّ بَياضَها له، لا حَقَّ للمُسْتَعِيرِ فيها، وللمُسْتَعِيرِ دُخُولُها للسَّقْيِ والإصْلاحِ وأخْذِ الثَّمَرةِ؛ لأنَّ الإِذْنَ فى الغِرَاسِ إذْنٌ فيما[3] يعُودُ بصَلاحِه[4] وأخْذِ ثمرِهِ، وليس له دُخُولُها للتَّفَرُّجِ

---

(١) فى م: «خشبة».

(٢) بعده فى الأصل: «من».

(٣) فى م: «بما».

(٤) فى م: «فى صلاحه».

ونحْوِه . ولا يُمْنَعُ واحِدٌ منهما مِن بَيْعِ مِلْكِه لِمَن شاء ، يكونُ[1] بمَنْزِلَتِه ؛ لأنَّه مَلَكَه على الخُصُوصِ ، فمَلَك بَيْعَه ، كالشِّقْصِ المَشْفُوعِ .

فصل : وإن رَجَع في العارِيَّةِ ، وفي الأَرْضِ زَرْعٌ ممَّا يُحْصَدُ قَصِيلًا[2] ، حَصَدَه ؛ لأنَّه أمْكَنَ الرُّجُوعُ مِن غيرِ إضرارٍ . وإن لم يُمْكِنْ ، لَزِمَ المُعِيرَ تَرْكُه بالأُجْرَةِ إلى وَقْتِ حَصَادِه ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ الرُّجُوعَ على وَجْهٍ يَضُرُّ [٢١٥ظ] بالمُسْتَعِيرِ .

وإن حَمَل السَّيْلُ بَذْرَ رَجُلٍ إلى أرْضِ آخَرَ ، فنَبَت فيها ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، حُكْمُه حُكْمُ العارِيَّةِ ؛ لأنَّه بغيرِ تَفْرِيطٍ مِن رَبِّه ، إلَّا أنَّ عليه أُجْرَةَ الأَرْضِ ؛ لأنَّه لا يجوزُ اسْتِيفاءُ نَفْعِ أرْضِ إنْسانٍ بغيرِ إذْنِه مِن غيرِ أُجْرَةٍ ، فصار كزَرْعِ المُسْتَعِيرِ بعدَ رُجوعِ المُعِيرِ . [3]والثاني ، حُكْمُه حكمُ الغَصْبِ ؛ لأنَّه حَصَل في مِلْكِه بغيرِ إذنِه[3] . وقال القاضي : ليس عليه أُجْرَةٌ ؛ لأنَّه حصَلَ بغيرِ تَفْرِيطٍ ، أَشْبَهَ مَبِيتَ بَهِيمَتِه في دارِ غيرِه .

فصل : وإن أعارَه حائطًا ليَضَعَ عليه أطْرافَ خَشَبِه ، لم يكنْ له الرُّجُوعُ ما دام الخَشَبُ على الحائطِ ؛ لأنَّ هذا يُرادُ للبَقاءِ ، وليس له الإضْرارُ بالمُسْتَعِيرِ . فإن بَذَل المالِكُ قِيمَةَ الخَشَبِ ليَمْلِكَه ، لم يكنْ له ؛ لأنَّ مُعْظَمَه في مِلْكِ صاحِبِه . فإن أُزِيلَ الخَشَبُ لتَلَفِه أو سُقُوطِه أو هَدْمِ

---

(١) في الأصل ، س ١ : « ويكون » .

(٢) القصيل : ما اقتطع من الزرع أخضر لعلف الدواب .

(٣ - ٣) جاء في س ١ ، م بعد قوله : « دار غيره » ، الآتي .

الحائطِ، لم يَجُزْ ردُّه إلَّا بإذْنٍ مُسْتَأْنَفٍ؛ لأنَّ الإذْنَ تناوَلَ الوضعَ[1] الأوَّلَ، فلم يتَعَدَّ إلى غيرِه. وإنْ وُجِدَتْ أخْشَابٌ على حائطٍ لا يُعْلَمُ سببُها، ثم نُقِلَتْ، جاز إعادَتُها؛ لأنَّ الظاهِرَ أنَّها بحَقٍّ ثابِتٍ.

وإنِ اسْتَعارَ سَفِينَةً، فحمَلَ مَتاعَه فيها، لم يَمْلِكْ صاحِبُها الرُّجُوعَ فيها حتى تَرْسَى. وإن أعارَه أرْضًا للدَّفْنِ، لم يَمْلِكِ الرُّجوعَ فيها ما لم يَبْلَ المَيِّتُ؛ لِما ذكَرْناه.

فصل: وإنِ اسْتَعارَ شيئًا يَرْهَنُه مُدَّةً معْلُومَةً على دَيْنٍ مَعْلُومٍ، صَحَّ؛ لأنَّه نَوْعُ انْتِفَاعٍ، فإنْ أَطْلَقَ الإذْنَ مِن غيرِ تَعْيِينٍ، صَحَّ؛ لأنَّ العارِيَّةَ لا يُشْتَرطُ فى صِحَّتِها تَعْيِينُ النَّفْعِ، فإنْ عَيَّنَ فخالَفَه، فالرَّهْنُ باطِلٌ؛ لأنَّه رهَنَه بغيرِ إذْنِ مالِكِه. وإن أَذِن له فى رَهْنِه بمائةٍ، فرَهَنَه بأقَلَّ منها، صَحَّ؛ لأنَّ مَنْ أَذِنَ فى شىءٍ، فقد أذِنَ فى بَعْضِه. وإن رهَنَه بأكْثَرَ منها، بَطَل فى الكلِّ فى أحَدِ الوَجْهَيْن؛ لأنَّه مُخالِفٌ، أَشْبَهَ ما لو خالَفَ فى الجِنْسِ. وفى الآخَرِ، يَصِحُّ فى المأْذُونِ، ويَبْطُلُ فى الزائدِ، كتَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ. ولِلْمُعيرِ مُطالَبَةُ الرَّاهِنِ بفَكاكِه فى الحالِ، سَواءٌ أجَّلَه أو أطْلَقَ؛ لأنَّ العارِيَّةَ لا تَلْزَمُ. وإن حَلَّ الدَّيْنُ قبلَ فَكاكِه، بِيعَ واسْتُوفِىَ الدَّيْنُ مِن ثَمَنِه؛ لأنَّ هذا مُقْتَضَى الرَّهْنِ، ويَرْجِعُ المُعِيرُ على المُسْتَعِيرِ بقِيمَتِه، أو مِثْلِه إن كان مِثْلِيًّا؛ لأنَّ العارِيَّةَ مَضْمُونَةٌ بذلك، ولا يَرْجِعُ بما بِيعَ به إن كان أَقَلَّ مِن القِيمَةِ؛ لأنَّ العارِيَّةَ مَضْمُونَةٌ، فيَضْمَنُ نَقْصَ ثَمَنِها. وإن بِيعَ بأكْثَرَ مِن

---

(1) فى م: «الحائط».

قِيمَتِه ، رَجَع به ؛ لأنَّ ثَمَنَ العينِ مِلْكٌ لصاحبِها . وقيلَ : لا يَرْجِعُ بالزِّيادَةِ . وإن تَلِف فى يَدِ المُرْتَهِنِ ، رَجَع المُعِيرُ على المُسْتَعِيرِ ، ويَرْجِعُ المُسْتَعِيرُ على المُرْتَهِنِ إن كان تعَدَّى ، وإلَّا فلا . فإن قَضَى المُعِيرُ الدَّيْنَ وفَكَّ الرَّهْنَ بإذْنِ الرّاهِنِ ، رَجَع عليه ، وإن كان بغيرِ إذْنِه مُتبَرِّعًا ، لم يَرْجِعْ . وإن قَضاه مُحْتَسِبًا بالرُّجوعِ ، ففيه رِوايَتان ؛ بِناءً على قَضاءِ دَيْنِه بغيرِ إذْنِه .

فصل : إذا رَكِبَ دابَّةَ غيرِه ، ثم اخْتَلفَا ، فقال : أعَرْتَنِيها . قال : بل أجَرْتُكَها . عَقِيبَ العَقْدِ ، والدَّابَّةُ قائمةٌ ، فالقولُ قولُ الرّاكِبِ ؛ [٢١٦و] لأنَّ الأصْلَ عدَمُ الإجارَةِ وَبَراءَةُ ذِمَّتِه مِن الأُجْرَةِ . وإن كان بعدَ[1] مُضِىِّ مُدَّةٍ لمِثْلِها أُجْرَةٌ ، فالقولُ قولُ المالِكِ ؛ لأنَّهما اخْتَلفا فى صِفَةِ نَقْلِ مِلْكِه إلى غيرِه ، فأَشْبَهَ ما لو اخْتَلفَا فى العَيْنِ ، فقال : وَهَبْتَنِيهَا . وقال : بل بِعْتُكَها . فيَحْلِفُ المالِكُ ، ويَجِبُ له المُسَمَّى فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّه ادَّعاه وحَلَف عليه . والآخَر ، تجِبُ أُجْرَةُ المِثْلِ ؛ لأنَّهما لو اتَّفَقا على الإجارَةِ ، واخْتَلفا فى قَدْرِ الأُجْرَةِ ، لم يَجِبْ أكْثَرُ مِن أُجْرَةِ المِثْلِ ، فمع الاخْتِلافِ أوْلَى . وإن قال : أكْرَيْتَنِيها . قال : بل أعَرْتُكَها . بعدَ تَلَفِها أو قبلَه ، فالقولُ قولُ المالِكِ مع يَمِينِه ؛ لأنَّهما اخْتَلفا فى صِفَةِ القَبْضِ ، والأصْلُ فيما يَقْبِضُه الإنْسانُ مِن مالِ غيرِه الضَّمانُ ؛ لقولِه عليه الصلاةُ والسَّلامُ : « على اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّه »[2] . حديثٌ حسَنٌ . والقولُ قولُ الرّاكِبِ فى قَدْرِ

---

(١) بعده فى الأصل : « ما » .

(٢) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى تضمين العارية ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢/ ٢٦٥ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى أن العارية مؤداة ، من أبواب البيوع . عارضة =

القِيمَةِ مع يَمِينِه . وإن قال : غَصَبْتَنِيها . قال : بل أَعَرْتَنِيها . أو : أكْرَيْتَنِيها . فالقولُ قولُ المالِكِ لذلك ، ولأنَّ الرّاكِبَ يَدَّعِي انْتِقالَ المَنافعِ إلى مِلْكِه بالعارِيَّةِ أو الكِرَاءِ ، والمالِكُ يُنْكِرُ ذلك ، والأصْلُ معه .

= الأحوذى ٥/ ٢٦٩. وابن ماجه ، فى : باب العارية ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢/ ٨٠٢. والدارمى ، فى : باب فى العارية مؤداة ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/ ٢٦٤. والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/ ٨، ١٢، ١٣. وضعفه فى الإرواء ٥/ ٣٤٨، ٣٤٩.

بَابُ الغَصْبِ

وهو اسْتِيلاءُ الإنسانِ على مالِ غيرِه بغيرِ حَقٍّ، وهو مُحَرَّمٌ بالإجْماعِ. وقد روَى جابرٌ أنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ قال فى خُطْبَتِه يومَ النَّحْرِ: «إنَّ دِماءَكُمْ وأمْوالَكُمْ عليكم حَرامٌ، كحُرْمَةِ يومِكُمْ هذا، فِى شَهْرِكُمْ هَذَا». رَوَاه مسلمٌ[1].

ومَن غَصَبَ شيئًا، لَزِمَه رَدُّه؛ لِما روَى سَمُرَةُ عن[2] النبىِّ ﷺ أنَّه قال: «على الْيَدِ ما أخَذَتْ حتى تَرُدَّهُ»[3].

وإن نَقَصَت لتَغَيُّرِ الأسْعارِ، لم يَضْمَنْها؛ لأنَّ حَقَّ المالِكِ فى العَيْنِ، وهى باقِيَةٌ لم تتَغَيَّرْ صِفَتُها، ولا حَقَّ له فى القِيمَةِ مع بَقاءِ العَيْنِ. وإن نقَصَتِ القِيمَةُ لنَقْصِ المَغْصُوبِ نَقْصًا مُسْتَقِرًّا؛ كثَوْبٍ اسْتَخْلَقَ أو تخَرَّقَ، وإناءٍ تكَسَّرَ أو تشَقَّقَ، وشَاةٍ ذُبِحَتْ، وحِنْطَةٍ طُحِنَتْ[4]، فعليه رَدُّه وأَرْشُ نَقْصِه؛ لأنَّه نَقْصُ عَيْنٍ نَقَصَتْ به القِيمَةُ، فوَجَبَ ضَمانُه، كذِراعٍ مِن الثَّوْبِ. وإن طالَبَ المالِكُ ببَدَلِه، لم يَمْلِكْ ذلك؛ لأنَّ عَيْنَ مالِه باقٍ، فلم

---

(١) تقدم تخريجه من حديث جابر الطويل فى ٣٢١/٢ .

(٢) فى س ٢: «أن».

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٩٧ ، ٤٩٨ .

(٤) فى م: «طبخت».

يَمْلِكِ المُطالَبَةَ بِبَدَلِه ، كما لو قَطَع مِن الثَّوْبِ جُزْءًا . وإن كانَ النَّقْصُ غيرَ مُسْتَقِرٍّ ، كطَعامٍ ابْتَلَّ أو عَفِنَ ، فله بدَلُه فى قَوْلِ القاضى ؛ لأنَّه يتَزايَدُ فَسادُه إلى أن يَتْلَفَ . وقال أبو الخَطَّابِ : يَتَخَيَّرُ بينَ ذلك وبينَ تَرْكِه حتى يَسْتَقِرَّ فيه الفَسادُ ، ويأْخُذَه مع أَرْشِه ؛ لأنَّ عَيْنَ مالِه باقِيَةٌ ، فلا يُمْنَعُ مِن أخْذِها مع أَرْشِها ، كالثَّوْبِ الذى تَخَرَّقَ .

فصل : فإن كان النَّقْصُ فى الرَّقِيقِ ممَّا لا مُقَدَّرَ فيه ؛ كنَقْصِه لكِبَرٍ ، أو مَرَضٍ ، أو شَجَّةٍ دُونَ المُوضِحَةِ ، ففيه ما نقَصَ مع الرَّدِّ لذلك . وإن كان أَرْشُه مُقَدَّرًا ، كذَهابِ يَدِه ، فكذلك فى إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ ؛ لأنَّه ضَمانُ مالٍ ، أَشْبَهَ ضَمانَ البَهِيمَةِ . والأُخْرَى ، يَرُدُّه وما يجبُ بالجِنايَةِ ؛ لأنه ضَمانٌ للرَّقِيقِ ، فوَجَب [٢١٦ظ] فيه المُقَدَّرُ ، كضَمانِ الجِنايَةِ . وإن قَطَع الغاصِبُ يدَه ، فعلى هذه الرِّوايَةِ ، الواجِبُ نِصْفُ قِيمَتِه ، كغيرِ المَغْصُوبِ . وعلى الأُولَى ، عليه أكْثَرُ الأمْرَيْنِ مِن نِصْفِ قِيمَتِه أو قَدْرِ نَقْصِه ؛ لأنَّه قد وُجِدَتِ اليَدُ والجِنايَةُ ، فوَجَب أكْثَرُهما ضَمانًا . وإن غَصَب عَبْدًا فقَطَع أجْنَبِيٌّ يَدَه ، فللمالِكِ تَضْمِينُ أيِّهما شاءَ . فعلى الأُولَى ، إن ضَمَّنَ الغاصِبَ ، ضَمَّنَه أكْثَرَ الأمْرَيْنِ ، ويَرْجِعُ الغاصِبُ على القاطِعِ بِنِصْفِ قِيمَتِه لا غيرُ ؛ لأنَّ ضَمانَه ضَمانُ الجِنايَةِ ، وإن ضَمَّنَ الجانِيَ ، ضَمَّنَه نِصْفَ القِيمَةِ ، وطالبَ الغاصِبَ بتَمامِ النَّقْصِ . وعلى الثانيةِ ، يُطالِبُ أَيَّهما شاء ، ويَسْتَقِرُّ الضَّمانُ (١على القاطِعِ١) ؛ لأنَّه المُتْلِفُ ، فيكونُ الرُّجوعُ عليه .

(١ - ١) فى الأصل : « للقاطع » .

فصل : ورُوِىَ عن أحمدَ فى مَن قَلع عَيْنَ فَرَسٍ ، أنَّه يَضْمَنُها برُبُعِ قِيمَتِها ؛ لأَنَّه يُرْوَى عن عُمَرَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه[1] . والصَّحِيحُ أنَّه يضْمَنُها بنَقْصِها ؛ لأَنَّها بَهِيمَةٌ ، فلم يكنْ فيها مُقَدَّرٌ ، كسائِرِ البَهائِمِ ، أو كسائِرِ أعْضَائِها . ويُحْمَلُ ما رُوِىَ عن عُمَرَ على أنَّ عَيْنَ الدّابَّةِ التى قَضَى فيها نَقَصَها رُبُعَ القِيمَةِ . ولو غصَبَ دابَّةً قِيمَتُها مِائةٌ ، فزَادَتْ فصارَتْ قِيمَتُها أَلْفًا ، ثم جَنَى عليها جِنايَةً نقَصَتْ نِصْفَ قِيمَتِها ، لَزِمَه خَمْسُمِائةٍ ؛ لأَنَّ الواجِبَ قِيمَةُ ما أتْلَفَ يومَ التَّلَفِ ، وقد فَوَّتَ نِصْفَها ، فضَمِن خَمْسَمِائةٍ .

فصل : فإن نقَصَتِ العَيْنُ دُونَ القِيمَةِ ، وكان الذّاهِبُ يُضْمَنُ بمُقَدَّرٍ ، كعَبْدٍ خَصاه ، وزَيْتٍ أغْلاه فذَهَبَ نِصْفُه ولم تَنْقُصْ قِيمَتُه ، فعليه قِيمَةُ العَبْدِ ، ومِثْلُ ما نقَصَ مِن الزَّيْتِ ، مع رَدِّهما ؛ لأَنَّ الواجِبَ فيهما مُقَدَّرٌ بذلك ، فإن لم يكنْ مُقَدَّرًا ، كعَبْدٍ سَمِينٍ هَزل فلم تَنْقُصْ قِيمَتُه ، لم يَلْزَمْه أَرْشٌ[2] ؛ لأَنَّ الواجِبَ فيه ما نقَصَ مِن القِيمَةِ ، ولم تَنْقُصْ . فإنْ أغْلَى عَصِيرًا فنَقَصَ ، فهو كالزَّيْتِ ؛ لأَنَّه فى مَعْناه . ويَحْتَمِلُ أن لا يَضْمَنَ ؛ لأَنَّ الغَلَيانَ عَقَد أجْزاءَه وجَمَعَها ، وأذْهَبَ مَائِيَّتَه فقط ، بخِلافِ الزَّيْتِ . فإن نَقَصَت عَيْنُه وقِيمَتُه ، فعليه مثلُ ما نَقَص مِن العَيْنِ ، وأَرْشُ نَقْصِ الباقى فى العَصِيرِ والزَّيْتِ ؛ لأَنَّ كلَّ واحدٍ مِن النَّقْصَيْن مَضْمُونٌ مُنْفَرِدًا ، فكذلك إذا اجْتَمَعا . ولو شَقَّ ثَوْبًا ينْقُصُه الشَّقُّ نِصْفَيْنِ ، ثم تَلِف أحدُهما ، رَدَّ الباقىَ

---

(1) أخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ١٠/ ٧٦، ٧٧. وابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٩/ ٢٧٥، ٢٧٦.

(2) بعده فى م : « هزله » .

وتَمامَ قِيمَةِ الثَّوْبِ قبلَ قَطْعِه . وإن غصَبَ خُفَّيْنِ ، فتَلِفَ أحدُهما ، فكذلك في أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّ نَقْصَ الباقى بسَبَبِ تَعَدِّيه . والآخر ، لا يَلْزَمُه إلَّا رَدُّ الباقى ، وقِيمَةُ التَّالِفِ ؛ لأنَّه لم يُتْلِفْ إلَّا أحَدَهما .

فصل : وإن غَصَب عَبْدًا فمَرِضَ ، أو ابْيَضَّتْ عَيْنُه ، ثم بَرَأ ، لم يَلْزَمْه إلَّا رَدُّه ؛ لأَنَّ نقْصَه زالَ ، فأَشْبَهَ ما لو انْقَلَعَتْ سِنُّه ثم عادَتْ . وإنْ هَزَلَ ثم سَمِنَ ، أو نَسِيَ صِناعَتَه ثم عَلِمَها ، فكذلك في أحَدِ الوَجْهَيْن ؛ لأنَّ نقْصَه زالَ ، فأَشْبَهَتِ التى قبلَها . والآخر ، يَضْمَنُ النَّقْصَ ؛ لأنَّ السِّمَنَ الثانىَ غيرُ الأوَّلِ ، فلا يَسْقُطُ به ما وَجَب بزَوالِ الأوَّلِ . فعلى هذا الوَجْهِ ، لو سَمِنَ ثم هزَلَ ، (1ثم سَمِنَ ثم هَزَل1) ، ضَمِنَهما معًا ؛ لأنَّ الثانىَ غيرُ الأَوَّلِ . وعلى الوَجْهِ الأوَّلِ ، يَضْمَنُ أكْثَرَ السِّمَنَيْنِ قِيمَةً ؛ لأنَّ عَوْدَ السِّمَنِ أسْقَطَ ما قابَلَه مِن الأَرْشِ . فإن [٢١٧و] كانتِ الزِّيادةُ الثانيةُ مِن غيرِ جِنْسِ الأُولَى ، كعَبْدٍ هَزَل فنقَصَت قِيمَتُه ، ثم تعَلَّمَ صِناعةً(2) فعادتْ قِيمَتُه ، ضَمِنَ الأُولَى ؛ لأنَّ الثانيةَ مِن غيرِ جِنْسِ الأُولَى ، فلا تَنْجَبِرُ بها . وإن نَسِيَ الصِّناعةَ أيضًا ، ضَمِنَ النَّقْصَيْن جميعًا ؛ لِما ذكَرْنا .

فصل : فإن جَنَى العَبْدُ المَغْصُوبُ ، لَزِم الغاصِبَ ما يُسْتَوْفَى مِن جِنايَتِه ؛ لأَنَّه بسَبَبٍ كان فى يَدِه ، وإن أُقِيدَ منه فى الطَّرَفِ ، فحُكْمُه حُكْمُ ذَهابِه بِفِعْلِ اللَّهِ تعالى ؛ لكَوْنِه ضَمانًا وَجَبَ باليَدِ لا بالجِنايَةِ ، فإنَّ القَطْعَ قِصَاصًا ليس بجِنايَةٍ . وإن تعَلَّقَ الأَرْشُ برَقَبَتِه ، فعليه فِداؤُه ؛ لأنَّه

(1 - 1) سقط من : م .

(2) زيادة من : الأصل ، س 1 .

حَقٌّ تعَلَّقَ برَقَبَتِه فى يَدِه ، فلَزِمَه تَخْلِيصُه منه . وإنْ جَنَى على سَيِّدِه ، ضَمِن الغاصِبُ جِنايَتَه ؛ لأنَّها مِن جُمْلَةِ جِنايَاتِه ، فأَشْبَهَ الجِنايَةَ على أجْنَبِىٍّ .

فصل : وإنْ زادَ المَغْصُوبُ فى يَدِه ؛ كجارِيَةٍ سَمِنَتْ ، أو وَلَدَتْ ، أو كَسَبَتْ ، أو شَجَرَةٍ أثْمَرتْ ، أو طالَتْ ، فالزِّيادَةُ للمالكِ مَضْمُونَةٌ على الغاصِبِ ؛ لأنَّها حصَلَتْ فى يَدِه بالغَصْبِ ، فأَشْبَهَتِ الأصْلَ ، وإن أَلْقَتِ الوَلَدَ مَيِّتًا ، ضَمِنَه بقِيمَتِه يومَ الوَضْعِ لو كان حَيًّا ؛ لأنَّه غُصِبَ بغَصْبِ الأُمِّ .

وإن صاد العبدُ [(1)]أو الجارِحَةُ[(1)] صَيْدًا ، فهو لمالِكِهما ؛ لأنَّه مِن كَسْبِهما . وهل تَجِبُ أُجْرَةُ العَبْدِ الكاسِبِ أو الصّائدِ فى مُدَّةِ كَسْبِه وصَيْدِه ؟ فيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا تَجِبُ ؛ لأنَّ مَنافِعَه صارَت إلى سَيِّدِه ، فأَشْبَهَ ما لو كان فى يَدِه . والثانى ، تَجِبُ ؛ لأنَّ الغاصِبَ أتْلَفَ مَنافِعَه . وإن غَصَب فَرَسًا ، أو قَوْسًا ، أو شَرَكًا ، فصاد به ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، هو لصاحبِه ؛ لأنَّ صَيْدَه حصَلَ به ، أَشْبَهَ صَيْدَ الجارِحَةِ[(2)] . والثانى ، للغاصِبِ ؛ لأنَّه الصائدُ ، وهذِه آلَةٌ . وإن غَصَبَ مِنْجَلًا ، فقَطَع به حَطَبًا ، أو خشَبًا ، فهو للغاصِبِ ؛ لأنَّ هذا آلَةٌ ، فهو كالحَبْلِ يَرْبِطُه به .

فصل : وإن غَصَب أثْمانًا ، فاتَّجَرَ بها ، فالرِّبْحُ لصاحبِها ؛ لأنَّه نَماءُ مَالِه ، وإنِ اشْتَرَى فى ذِمَّتِه ، ثم نقَدَها فيه ، فكذلك فى إحْدَى الرِّوايتَيْنِ .

(١ - ١) فى م : « والجارية » .

(٢) فى م : « الجارية » .

والأُخْرَى ، هو للغاصِبِ ؛ لأنَّ الثَّمَنَ ثَبَت فى ذِمَّتِه ، فكان الشِّراءُ له ، والمَبِيعُ رِبْحُه له ؛ لأنَّه بَذَل ما وَجَب عليه . وقِياسُ المَذْهَبِ أنَّه إذا اشْتَرَى بعَيْنِه كان الشِّراءُ باطِلًا ، والسِّلْعَةُ للبائعِ .

فصل : وإن غَصَب عَيْنًا فاسْتَحالَتْ ؛ كبَيْضٍ صار فَرْخًا ، وحَبٌّ صار زَرْعًا ، وزَرْعٍ صار حَبًّا ، ونَوًى صار شَجَرًا ، وَجَب رَدُّه ؛ لأنَّه عَيْنُ مَالِه ، فإن نقَصَتْ قِيمَتُه ، ضَمِن أَرْشَ نَقْصِه ؛ لحُدُوثِه فى يَدِه . وإن زاد ، فالزِّيادةُ[1] لمالِكِه ، ولا شيءَ للغاصِبِ بعَمَلِه فيه ؛ لأنَّه غيرُ مأْذُونٍ فيه . وإن غَصَب عَصِيرًا فتخَمَّرَ ، ضَمِن العَصِيرَ بمثلِه ؛ لأنَّه تَلِفَ فى يَدِه ، فإن عاد خلًّا ، رَدَّه وما نَقَص مِن قِيمَةِ العَصِيرِ ؛ لأنَّه عَيْنُ العَصِيرِ ، أَشْبَهَ النَّوَى يصِيرُ شَجَرًا .

فصل : وإن عَمِل فيه عَمَلًا ، كثوبٍ قَصَرَه[2] ، أو فَصَّلَه ، أو[3] خاطَه ، أو قُطْنٍ غَزَلَه ، أو غَزْلٍ نَسَجَه ، أو خَشَبٍ نَجَرَه ، أو ذَهَبٍ صاغَه ، أو ضَرَبَه ، أو حَدِيدٍ جعَلَه إبَرًا ، فعليه رَدُّه ؛ لأَنَّه عَيْنُ مالِه ، ولا شيءَ للغاصِبِ ؛ لأنَّه عَمِلَ فى مِلْكِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، فلم يَسْتَحِقَّ شيئًا ، [٢١٧ظ] كما لو أغْلَى الزَّيْتَ . وإن نَقَص بذلك ، فعليه ضَمانُ نَقْصِه ؛ لأنَّه حَدَث بفِعْلِه . وعنه ، أنَّه إن زاد يكونُ شَرِيكًا للمالِكِ بالزِّيادَةِ ؛ لأنَّ مَنافِعَه أُجْرِيَتْ مُجْرَى الأعْيانِ ، أَشْبَهَ ما لو صَبَغ الثَّوْبَ . والأَوَّلُ أصَحُّ .

---

(١) فى م : « فالزائد » .

(٢) قصر الثوب : دقه وبيضه .

(٣) سقط من : س ٢ ، وفى م : « و » .

فصل: فإن غَصَب شيئًا فخَلَطَه بما يتَمَيَّزُ منه؛ كحِنْطَةٍ بشَعِيرٍ، أو زَبِيبٍ أحْمَرَ بأَسْوَدَ، فعليه تَمْيِيزُه ورَدُّه؛ لأنَّه أمْكَنَ رَدُّه، فوَجَب، كما لو غَصَب عَيْنًا فبَعَّدَها. وإن خَلَطَه بمثلِه ممَّا لا يتَمَيَّزُ، كزَيْتٍ بزَيْتٍ، لَزِمَه مثلُ كَيْلِه منه؛ لأنَّه قَدَر على دَفْعِ بَعْضِ مالِه إليه، فلم يَنْتَقِلْ إلى البَدَلِ في الجميعِ، كما لو غَصَب شيئًا فتَلِفَ بعْضُه. وهذا ظاهِرُ كلامِ أحمدَ؛ لأنَّه نَصَّ على أنَّه شَرِيكٌ إذا خَلَطَه بغيرِ جِنْسِه، فنَبَّهَ على الشَّرِكَةِ إذا كان مثلَه. وقال القاضي: قِياسُ المَذْهَبِ أنَّه يلْزَمُه مثلُه، إن شاء الغاصِبُ منه أو مِن غيرِه؛ لأنَّه تعَذَّرَ رَدُّ عَيْنِه، أَشْبَهَ ما لو أتْلَفَه. وإن خَلَطَه بأَجْوَدَ منه، لَزِمَه مثلُه مِن حيثُ شاء الغاصِبُ، فإن دفَعَه إليه منه[1]، لَزِمَه أخْذُه؛ لأنَّه أوْصَلَ إليه خَيْرًا مِن حقِّه مِن جِنْسِه. وإن خلَطَه بدُونِه، لَزِمَه مثلُه، فإنِ اتَّفَقَا على أخْذِ المِثْلِ منه، جاز. وإن أبَاه المالكُ، لم يُجْبَرْ؛ لأنَّه دُون حقِّه. وإن طَلَب ذلك، فأباه الغاصِبُ، ففيه وَجْهان؛ أحدُهما، لا يُجْبَرُ؛ لأنَّ الحقَّ انْتَقَلَ إلى ذِمَّتِه، فكانَتِ الخِيَرَةُ إليه في التَّعْيِينِ. والثاني، يلْزَمُه؛ لأنَّه قَدَر على دَفْعِ بَعْضِ مالِه إليه مِن غيرِ ضَرَرٍ، فلَزِمَه، كما لو كان مثلَه.

وإن خَلَطَه بغيرِ جِنْسِه، كزَيْتٍ بشَيْرَجٍ[2]، لَزِمَه مثلُه مِن غيرِه، وأيُّهما طلَبَ الدَّفْعَ منه، فأَبَى[3] الآخَرُ، لم يُجْبَرْ. وقد قال أحمدُ في رجلٍ له رَطْلُ زَيْتٍ اخْتَلَطَ برَطْلِ شَيْرَجٍ لآخَرَ: يُباعُ الدُّهْنُ كُلُّه، ويُعْطَى كُلُّ واحِدٍ

---

(١) سقط من: الأصل.

(٢) الشيرج: دهن السمسم.

(٣) في الأصل: «فأباه».

منهما قَدْرَ حِصَّتِه . فيَحْتَمِلُ أن يَخْتَصَّ هذا بما لم يَخْلِطْه أحدُهما ، ويَحْتَمِلُ أنْ يَعُمَّ سائرَ الصُّوَرِ ؛ لأنَّه أمْكَنَ أنْ يَصِلَ إلى كلٍّ واحدٍ بدَلُ عَيْنِ مالِه ، فأَشْبَهَ ما لو غَصَب ثَوْبًا فصَبَغَه . فإن نَقَص ما يَخُصُّه مِن الثَّمَنِ عن قِيمَتِه مُفْرَدًا ، ضَمِن الغاصِبُ نقْصَه ؛ لأنَّه بفِعْلِه .

وإن خَلَطَه بما لا قِيمَةَ له ، كزَيْتٍ بماءٍ ، وأمْكَنَ تَخْلِيصُه ، وَجَب تخْلِيصُه ورَدُّه مع أَرْشِ نقْصِه ، وإن لم يُمْكِنْ تخْلِيصُه ، أو كان ذلك يُفْسِدُه ، وَجَب مِثْلُه ؛ لأنَّه أتْلَفَه . ولو أعْطاه بَدَلَ الجَيِّدِ أكْثَرَ منه رَدِيئًا ، أو أقَلَّ منه وأجْوَدَ صِفَةً ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه رِبًا ، إلَّا أن يكونَ اخْتِلاطُه بغيرِ جِنْسِه ، فيَجُوزَ ؛ لأنَّ الرِّبا لا يَجْرِى فى جِنْسَيْن .

فصل : فإن غَصَب ثَوْبًا فصَبَغَه ، فلم تَزِدْ قِيمَةُ الثَّوْبِ و[1] الصِّبْغِ ولم تَنْقُصْ ، فهما شَرِيكانِ ، يُباعُ الثوبُ ويُقْسَمُ ثَمَنُه[2] بينَهما ؛ لأنَّ الصِّبْغَ عيْنُ مالٍ له قِيمةٌ[3] ، فلم يَسْقُطْ حقُّه فيها باتِّصالِها بمالِ غيرِه . وإن زادَت قِيمَتُهما[4] ، فالزِّيادةُ بينَهما ؛ لأنَّها نَماءُ مالِهما[5] [٢١٨و] . وإن نقَصَتِ القِيمَةُ ، ضَمِنَها الغاصِبُ ؛ لأنَّ النَّقْصَ حَصَل بسبَبِه . وإن زادَت قِيمَةُ أحَدِهما لزِيادَةِ قِيمَتِه فى السُّوقِ ، فالزِّيادَةُ لمالكِ ذلك ؛ لأنَّها نَماءُ مالِه . وإن

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى م : « بثمنه » .

(٣) فى م : « قيمته » .

(٤) فى س ٢ ، م : « قيمتها » .

(٥) فى م : « مالها » .

بَقِيَتْ للصِّبْغِ قِيمَةٌ ، فأراد الغاصِبُ إخْراجَه ، وضَمانَ النَّقْصِ ، فله ذلك ؛ لأنَّه عَيْنُ مالِه ، أَشْبَهَ ما لو غَرَس فى أرْضٍ[1] غيرِه . ويَحْتَمِلُ أن لا يَمْلِكَ ذلك ؛ لأنَّه يضُرُّ بمِلْكِ المَغْصُوبِ منه لنَفْعِ نَفْسِه ، فمُنِعَ منه ، بخِلافِ الأرْضِ ؛ فإنَّه يُمْكِنُ إزالَةُ الضَّرَرِ بتَسْوِيَةِ الحُفَرِ ، و[2]لأنَّ قَلْعَ الغَرْسِ[3] مُعْتَادٌ ، بخِلافِ قَلْعِ الصِّبْغِ . وإن أرادَ المالِكُ قَلْعَه ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يَمْلِكُه ، ولا شىءَ عليه ، كما يَمْلِكُ قَلْعَ الشَّجَرِ مِن أرْضِه . والآخَرُ ، لا يَمْلِكُه ؛ لأنَّ الصِّبْغَ يَهْلِكُ به ، أَشْبَهَ قَلْعَ الزَّرْعِ . وإن بَذَل المالِكُ قِيمَةَ الصِّبْغِ ليَمْلِكَه ، لم يُجْبَرِ الغاصِبُ عليه ؛ لأنَّه بَيْعُ مالِه . ويَحْتَمِلُ أنْ يُجْبَرَ ، كما يَمْلِكُ أخْذَ زَرْعِ الغاصِبِ بقِيمَتِه ، وكالشَّفِيعِ يأْخُذُ غَرْسَ المُشْتَرِى .

وإن وَهَبَه الغاصِبُ لمالِكِه ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يلْزَمُه قَبُولُه ؛ لأنَّه صار صِفَةً للعَيْنِ ، فأشْبَهَ[4] قِصارَةَ الثَّوْبِ . والآخَرُ ، لا يَلْزَمُه ؛ لأنَّ الصِّبْغَ عَيْنٌ يُمْكِنُ إفْرادُها ، فأَشْبَهَ الغِرَاسَ . فإن أرادَ المالِكُ بَيْعَ الثَّوْبِ ، فله ذلك ؛ لأنَّه مِلْكُه ، فلم يُمْنَعْ بَيْعَه[5] ، وإن طَلَب الغاصِبُ بَيْعَه ، فأَباه المالِكُ ، لم يُجْبَرْ ؛ لأنَّ الغاصِبَ مُتَعَدٍّ ، فلم يَسْتَحِقَّ[6] بتَعدِّيه إزالَةَ مِلْكِ صاحِبِ الثَّوْبِ عنه ، كما لو طَلَب الغارِسُ فى أرْضِ غيرِه بَيْعَها . ويَحْتَمِلُ أنْ

---

(١) سقط من : م .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فى الأصل : « الشجر » .

(٤) فى الأصل : « لأنه » .

(٥) فى الأصل : « منه » .

(٦) فى م : « يملك » .

يُجْبَرَ ؛ لِيَصِلَ الغاصِبُ إلى ثَمَنِ صِبْغِه .

وإن غَصَب ثَوْبًا (١ وصِبْغًا ١) مِن رجلٍ ، فصَبَغَه به (٢) ، فعليه رَدُّه و (٣) أَرْشُ نَقْصِه إنْ نقَصَ ؛ لأنَّه بفِعْلِه ، والزِّيادَةُ للمالِكِ ؛ لأنه عَيْنُ مالِه ليس للغاصِبِ فيه إلَّا أثَرُ الفِعْلِ . وإن صبَغَه بصِبْغٍ غصَبَه مِن غيرِه ، فهما شَرِيكان فى الأَصْلِ والزِّيادَةِ ، وإن نقَصَ ، فالنَّقْصُ مِن الصِّبْغِ ؛ لأنَّه تبدَّدَ ، ويَرْجِعُ صاحِبُه على الغاصِبِ ؛ لأنَّه بَدَّدَه . وإن غَصَب عَسَلًا ونِشاءً ، فعَمِلَه حَلْواءَ ، فحُكْمُه كحُكْمِ غَصْبِ الثوبِ وصَبْغِه سَواءً .

فصل : وإن غَصَب أرْضًا ، فغَرَسَها ، أو بَنَى فيها ، لَزِمَه قَلْعُه ؛ لِما روَى سعيدُ بنُ زَيْدٍ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « ليس لِعِرْقٍ ظالِمٍ حَقٌّ » . قال التِّرْمِذِىُّ (٤) : هذا حدِيثٌ حسَنٌ . ولأنَّه شَغَل مِلْكَ غيرِه بمِلْكٍ لا حُرْمَةَ له فى نَفْسِه ، فلَزِمَه تَفْرِيغُه ، كما لو تَرَكَ فيها قُماشًا . وعليه تَسْوِيَةُ الحفَرِ ، ورَدُّ الأَرْضِ إلى ما كانَتْ عليه ، وضَمانُ نَقْصِها إن نقَصَت ؛ لأنَّه حصَلَ بفِعْلِه . وإن بَذَل له المالِكُ قِيمَةَ غَرْسِه وبِنائِه ليَمْلِكَه ، فأبَى إلَّا

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : م .

(٣) فى الأصل : « أو » .

(٤) فى : باب ما ذكر فى إحياء أرض الموات ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/ ١٤٦ .

كما أخرجه البخارى معلقا ، فى : باب من أحيا أرضا مواتا ، من كتاب الحرث . صحيح البخارى ٣/ ١٤٠ . ووصله أبو داود ، فى : باب فى إحياء الموت ، من كتاب الإمارة . سنن أبى داود . والإمام مالك مرسلا ، فى : باب العمل فى عمارة الموات ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢/ ٧٤٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/ ٣٢٧ .

القَلْعَ، فله ذلك؛ لأَنَّها مُعاوَضَةٌ، فلم يُجْبَرْ عليها.

وإن وَهَبه الغاصِبُ الغِراسَ و[1] البِناءَ، لم يُجْبَرْ على قَبُولِه، إن كان له غَرَضٌ فى القَلْعِ؛ لأَنَّه يُفَوِّتُ غرَضَه. وإن لم يكنْ له فيه غَرَضٌ، احْتَمَلَ أن يُجْبَرَ؛ لأنَّه يتَخَلَّصُ به[2] كُلُّ واحدٍ منهما مِن صاحبِه بغيرِ ضَرَرٍ. واحْتَمَلَ أن لا يُجْبَرَ؛ لأنَّ ذلكَ عَيْنٌ يُمْكِنُ إفْرادُها، فلم يُجْبَرْ [٢١٨ظ] على قَبُولِها، كما لو لم يكنْ فى أرْضِه.

وإن غَرَسَها فى[3] مِلْكِ صاحِبِ الأرْضِ، فطالَبَه بالقَلْعِ، وله فيه غَرَضٌ، لَزِمَه؛ لأنَّه فَوَّتَ عليه غَرَضًا بالغِراسِ، فلَزِمَه رَدُّه، كما لو تَرَكَ فيها حَجَرًا. وإن لم يكنْ فيه غَرَضٌ، لم يُجْبَرْ عليه؛ لأنَّه سَفَهٌ. ويَحْتَمِلُ أن يُجْبَرَ؛ لأَنَّ المالِكَ مُحَكَّمٌ فى مِلْكِه. وإن أرادَ الغاصِبُ قَلْعَه، فللمالِكِ مَنْعُه؛ لأنَّه مِلْكُه، وليس للغاصِبِ فيه إلَّا أثَرُ الفِعْلِ[4].

فصل: فإن حَفَر فيها بِئْرًا، فطالَبَه المالِكُ بطَمِّها، لَزِمَه؛ لأنَّه نَقَل مِلْكَه - وهو التُّرابُ - مِن مَوْضِعِه، فلَزِمَه رَدُّه. وإن طَلَب الغاصِبُ طَمَّها لدَفْعِ ضَرَرٍ، مثلَ أن جَعَل تُرابَها فى غيرِ أرْضِ المالِكِ، فله طَمُّها؛ لأنَّه لا يُجْبَرُ على إبْقاءِ ما يتَضَرَّرُ به، كإبْقاءِ غَرْسِه. وإن جَعَل التُّرابَ فى أرْضِ المالِكِ، ولم يُبْرِئْه مِن ضَمانِ ما يَتْلَفُ بها، فله طَمُّهَا؛ لأنَّه يدْفَعُ ضرَرَ

---

(١) فى م: «أو».

(٢) سقط من: م.

(٣) فى س ١، س ٢، ب، م: «من».

(٤) فى م: «العمل».

الضَّمانِ عنه . وإن أبْرَأه مِن ضَمانِ ما يَتْلَفُ بها ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يَبْرَأُ ؛ لأَنَّه لمَّا سَقَط الضَّمانُ بالإِذْنِ فى حَفْرِها ، سَقَط بالإِبْراءِ منها . فعلى هذا ، لا يَمْلِكُ طَمَّهَا ؛ لأَنَّه لا غَرَضَ فيه . والثانى ، لا يَبْرَأُ بالإِبْراءِ ؛ لأنَّه إنَّما يكونُ مِن واجِبٍ ، ولم يَجِبْ بعدُ شىءٌ . فعلى هذا ، يَمْلِكُ طَمَّهَا لغَرَضِه فيه .

وإن زرَعَها وأخَذَ زَرْعَه ، فعليه أُجْرَةُ الأرْضِ وما نقَصَها ، والزَّرْعُ له ؛ لأَنَّه عَيْنُ بَذْرِه نَمَا[1] . وإن أدْرَكَها رَبُّها والزَّرْعُ قائمٌ ، فليس له إجْبارُ الغاصِبِ على القَلْعِ ، ويُخَيَّرُ بينَ تَرْكِه إلى الحَصادِ بالأُجْرَةِ ، وبينَ أَخْذِه ويدْفَعُ إلى الغاصِبِ نفقَتَه ؛ لِما روَى رافِعُ بنُ خَدِيجٍ قال : قال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « مَن زَرَع فِى أرْضِ قومٍ بغيرِ إذْنِهِمْ ، فليس له مِن الزَّرْعِ شىءٌ ، وعليه نَفَقَتُه » . قال التِّرمِذِىُّ[2] : هذا حديثٌ حسَنٌ . ولأَنَّه أمْكَنَ الجَمْعُ بينَ الحَقَّيْنِ بغيرِ إتْلافٍ ، فلم يَجُزِ الإِتْلافُ ، كما لو غَصَب لَوْحًا فرَقَع به سَفِينَةً مُلَجِّجَةً فى البَحْرِ . وفارَقَ الغِرَاسَ ؛ لأَنَّه لا غايَةَ له يُنْتَظَرُ إليها . وفيما يَرُدُّه مِن النَّفَقةِ رِوايَتانِ ؛ إحْداهما ، القِيمَةُ ؛ لأَنَّها بدَلٌ عنه ، فتقَدَّرَتْ به ، كقِيَمِ المُتْلَفاتِ . والثانيةُ ، ما أَنْفَقَ مِن البَذْرِ ومُؤْنَةِ الزَّرْعِ فى الحَرْثِ

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى : باب ما جاء فى من زرع فى أرض قوم بغير إذنهم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/ ١٢٥ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى زرع الأرض بغير إذن صاحبها ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/ ٢٣٤ . وابن ماجه ، فى : باب من زرع فى أرض قوم بغير إذنهم ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢/ ٨٢٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٤٦٥ .

وغيرِه ؛ لظاهرِ الحديثِ ، ولأنَّ قِيمَةَ الزَّرْعِ زادَت مِن أرْضِ المالِكِ ، فلم يكنْ عليه عِوَضُها . وإن أدْرَكَ رَبُّ الأَرْضِ شجَرَ الغاصِبِ مُثْمِرًا ، فقال القاضى : للمالِكِ أخْذُه ، وعليه ما أنْفَقَه الغاصِبُ مِن مُؤْنَةِ الثَّمَرَةِ ، كالزَّرْعِ ؛ لأنَّه فى مَعْناه . وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ أنَّه للغاصِبِ ؛ لأنَّه ثَمَرُ شجَرِه ، فكان له ، كوَلَدِ أمَتِه .

فصل : وإن جَصَّصَ الدّارَ وزَوَّقَها ، فالحُكْمُ فيه كالحُكْمِ فى البِناءِ سَواءً . وإن وَهَب ذلك لمالِكِها ، ففى إجْبارِه على قَبُولِ الهِبَةِ وَجْهان ، كالصِّبْغِ فى الثَّوْبِ .

فصل : وإن غَصَب عَيْنًا فبَعُدَتْ بفِعْلِه أو بغيرِه ، [٢١٩و] فعليه رَدُّها وإن غَرِم أضْعافَ قِيمَتِها ؛ لأنَّه بتَعَدِّيه . وإن غَصَب خشَبَةً فبَنَى عليها فبَلِيَتْ ، لم يَجِبْ رَدُّها ، ووَجَبَت قِيمتُها ؛ لأنَّها هلَكَت ، فسَقَط رَدُّها . وإن بَقِيَتْ على جِهَتِها ، لَزِم رَدُّها وإنِ انْتَقَضَ البِنَاءُ ؛ لأنَّه مَغْصُوبٌ يُمْكِنُ رَدُّه ، فوَجَب[1] ، كما لو بَعَّدَها .

وإن غَصَبَ خَيْطًا فخَاطَ به ثَوْبًا ، فهو كالخَشبَةِ فى البِنَاءِ . وإنْ خاطَ به جُرْحَه ، أو جُرْحَ حَيَوانٍ يخافُ التَّلَفَ بقَلْعِه أو ضَرَرًا كثيرًا ، لم يُقْلَعْ ؛ لأنَّ حُرْمَةَ الحيَوانِ آكَدُ مِن حُرْمَةِ مالِ الغَيْرِ ، ولهذا جاز أخْذُ مالِ الغيرِ بغيرِ إذْنِه لحِفْظِ الحيَوانِ دُونَ غيرِه ، إلَّا أن يكونَ الحيَوانُ مُباحَ القَتْلِ ، كالمُرْتَدِّ والخِنْزِيرِ ، فيَجِبُ رَدُّه ؛ لأنَّه لا حُرْمَةَ للحَيَوانِ . وإن كان الحيَوانُ مأْكُولًا

---

(١) سقط من : الأصل .

للغاصِبِ ، وَجب رَدُّه ؛ لأنَّه يُمْكِنُ ذَبْحُ الحَيوانِ والانْتِفاعُ بلَحْمِه[1] . ويَحْتَمِلُ أن لا يُقْلَعَ ؛ لنَهْيِ النبيِّ ﷺ عن ذَبْحِ الحيَوانِ لغيرِ مَأْكَلَةٍ[2] . وإن كان الحَيوانُ لغيرِ الغاصِبِ ، لم يُقْلَعْ بحالٍ ؛ لأنَّ فيه ضرَرًا بالحَيوانِ وبصاحبِه . وإن مات الحَيوانُ ، وَجب رَدُّ الخَيْطِ ، إلَّا أن يكونَ آدَمِيًّا ؛ لأنَّ حُرْمَتَه باقِيَةٌ بعدَ مَوْتِه . والحُكْمُ فيما إذا بَلَع الحَيوانُ جَوْهَرَةً كالحُكْمِ فى الخَيْطِ سَواءً .

فصل : وإن غَصَب لَوْحًا فرَقَع به سَفِينَةً ، وخاف الغَرَقَ بنَزْعِه ، لم يُنْزَعْ ؛ لأنَّه يُمْكِنُه رَدُّه بغيرِ إتْلافِ مَالٍ ، بأن تَخْرُجَ إلى الشَّطِّ ، فلم يَجُزْ إتْلَافُه ، وسَواءٌ كان فيها مالُه أو مالُ غيرِه .

فصل : وإن أدْخَلَ فَصِيلًا أو غيرَه إلى دارِه ، فلم يُمْكِنْ إخْراجُه إلَّا بنَقْضِ البابِ ، نُقِضَ ، كما يُنْقَضُ البِناءُ لرَدِّ الخَشَبَةِ . وإن دَخَل الفَصِيلُ مِن غيرِ تَفْرِيطِه ، فعلى صاحِبِ الفَصِيلِ ما يُصْلِحُ به البابَ ؛ لأنَّ نَقْضَه لتَخْلِيصِ مالِه مِن غيرِ تَفْرِيطٍ مِن صاحبِ البابِ . وهكذا الحُكْمُ إن وَقَع الدِّينارُ فى مِحْبَرَةِ إنْسانٍ بتَفْرِيطٍ [3]مِن صاحِبِ المالِ[3] أو غيرِه .

---

(١) فى الأصل : « به » .

(٢) أخرجه أبو داود عن القاسم مولى عبد الرحمن مرفوعا بلفظ : « ... ولا تقتل بهيمة ليست لك بها حاجة » . المراسيل ١٧٧ .

وانظر ما أخرجه الإمام مالك ، فى : باب النهى عن قتل النساء والولدان فى الغزو ، من كتاب الجهاد . الموطأ ٢/ ٤٤٧، ٤٤٨ . وابن أبى شيبة ، فى : المصنف ١٢/ ٣٨٣، ٣٨٤ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٩/ ٨٩، ٩٠ .

(٣ - ٣) زيادة من : الأصل .

فصل : وإن غَصَب عبدًا فأَبَقَ ، أو دابَّةً فشَرَدَت ، فللمَغْصُوبِ منه المُطالَبَةُ بقِيمَتِه ؛ لأنَّه تعَذَّرَ رَدُّه ، فوَجَب بدَلُه ، كما لو تَلِف . فإذا أخَذ البَدَلَ ، مَلَكَه ؛ لأنَّه بدَلُ مالِه ، كما يَمْلِكُ بدَلَ التَّالِفِ . ولا يَمْلِكُ الغاصِبُ المَغْصُوبَ ؛ لأنَّه لا يصِحُّ تَمْلِيكُه بالبيعِ ، فلا يَمْلِكُه بالتَّضْمِينِ ، كالتَّالِفِ . فإن قَدَر عليه ، رَدَّه وأخَذ القِيمَةَ ؛ لأنَّها اسْتُحِقَّتْ بالحَيْلُولَةِ ، وقد زالَت ، فوَجَب رَدُّها ، وزِيادَةُ القِيمَةِ المُتَّصِلَةُ للغاصِبِ ؛ لأنَّها تَتْبَعُ الأصْلَ ، والمُنْفَصِلَةُ للمَغْصُوبِ منه ؛ لأنَّها لا تَتْبَعُ الأَصْلَ فى الفَسْخِ بالعَيْبِ ، وهذا فَسْخٌ . فأمَّا المَغْصُوبُ فيُرَدُّ بزِيادَتِه المُتَّصِلَةِ والمُنْفَصِلَةِ ؛ لأنَّ مِلْكَ صاحِبِه لم يَزُلْ عنه .

فصل : وإن غَصَب أثْمانًا ، فطالَبَه مالِكُها بها فى بَلَدٍ آخَرَ ، لَزِمَ رَدُّها إليه ؛ لأنَّ الأَثْمانَ قِيَمُ الأمْوالِ ، فلا يَضُرُّ اخْتِلافُ قِيمَتِها . وإن كان [٢١٩ظ] المَغْصُوبُ مِن المُقَوَّماتِ ، لَزِم دَفْعُ قِيمَتِها فى بَلَدِ الغَصْبِ ، وإن كان مِن المِثْلِيَّاتِ وقِيمَتُه فى البلَدَيْنِ واحِدَةٌ ، أو هى أقَلُّ فى البَلَدِ الذى لَقِيَه فيه ، فله مُطالَبَتُه بمِثْلِه ؛ لأنَّه لا ضَرَرَ على الغاصِبِ فيه . وإن كانَت أكْثَرَ ، فليس له المِثْلُ ؛ لأنَّنا لا نُكَلِّفُه النَّقْلَ إلى غيرِ البَلدِ الذى غَصَب فيه ، وله المُطالَبَةُ بقِيمَتِه فى بَلَدِ الغَصْبِ . وفى جميعِ ذلك ، متى قَدَر على المَغْصُوبِ أو المِثْلِ فى بَلَدِ الغَصْبِ ، ردَّه وأخَذ القِيمَةَ ، كما لو غَصَب عَبْدًا فأَبَقَ .

فصل : إذا تَلِفَ المَغْصُوبُ وهو ممَّا له مثلٌ ؛ كالأَثْمانِ ، والحُبُوبِ ، والأَدْهانِ ، فإنَّه يُضْمَنُ بمِثْلِه ؛ لأنَّه يُماثِلُه مِن حيثُ الصُّورَةُ والمُشاهَدَةُ

والمَغْنَى ، والقِيمَةُ تُمَاثِلُه مِن طريقِ الظَّنِّ والاجْتِهادِ ، فكان المِثلُ أوْلَى ، كالنَّصِّ مع القِياسِ . فإنْ تغيَّرَتْ صِفَتُه ؛ كَرُطَبٍ صار تَمْرًا ، أو سِمْسِمٍ صار شَيْرَجًا ، ضَمِنَه المالِكُ بمثلِ أيِّهما أحَبَّ ؛ لأنَّه قد ثَبَت مِلْكُه على كلِّ[1] واحِدٍ مِن المِثْلَيْن ، فرَجَع بما شاء منهما . وإن وَجَب المِثْلُ و[2] أَعْوَزَ ، وَجَبَت قِيمَتُه يومَ عَوَزِهِ ؛ لأنَّه يَسْقُطُ بذلك المثلُ ، وتجِبُ القِيمَةُ ، فأشْبَهَ تَلَفَ المُتَقَوَّمَاتِ . وقال القاضى : تجِبُ قِيمَتُه يومَ قَبْضِ البَدَلِ ؛ لأنَّ التَّلَفَ لم يَنْقُلِ الوُجوبَ إلى القِيمَةِ ، بدَليلِ ما لو وُجِدَ المِثْلُ بعدَ ذلك ، وَجَب رَدُّه . وإن قَدَر على المثلِ بأكْثَرَ مِن قِيمَتِه ، لَزِمه شِراؤُه ؛ لأنَّه قَدَر على أداءِ الواجبِ ، فلَزِمَه ، كما لو قَدَر على رَدِّ المَغْصُوبِ بغَرامَةٍ .

فصل : فإن كان ممَّا لا مثلَ له ، وجَبَتْ قِيمَتُه ؛ لقولِ رسولِ اللَّهِ ﷺ : « مَن أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِى عَبْدٍ ، فكان له ما يَبْلُغُ ثَمَنَ العَبْدِ ، قُوِّمَ وَأُعْطِىَ شُرَكَاؤُه حِصَصَهُمْ » . مُتَّفَقٌ عليه[3] . فأوْجَبَ

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « أو » .

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب تقويم الأشياء بين الشركاء بقيمة العدل ، وباب الشركة فى الرقيق ، من كتاب الشركة ، وفى : باب إذا أعتق عبدًا بين اثنين ، وباب إذا أعتق نصيبا فى عبد ... ، من كتاب العتق . صحيح البخارى ٣/ ١٨٢ ، ١٨٤ ، ١٨٥ ، ١٨٩ ، ١٩٠ . ومسلم ، فى : أول كتاب العتق ، وفى باب من أعتق شركا له فى عبد ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ٢/ ١١٣٩ ، ١١٤٠ ، ٣/ ١٢٨٦ ، ١٢٨٧ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى من أعتق نصيبا له من مملوك ، وباب من ذكر السعاية فى هذا الحديث ، وباب فى من روى أنه لا يستسعى ، من كتاب العتاق . سنن أبى داود ٢/ ٣٤٨ - ٣٥٠ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى العبد يكون بين الرجلين فيعتق أحدهما =

القِيمَةَ ، و[(1)] لأنَّ إيجابَ مثلِه مِن جِهَةِ الخِلْقَةِ لا يُمْكِنُ ؛ لاخْتِلافِ الجِنْسِ الواحِدِ [(2)] فى القيمةِ [2)] ، فكانتِ القِيمَةُ أَقْرَبَ إلى إبْقاءِ حقِّه . فإنِ اخْتلَفَتْ قِيمَتُه مِن حينِ الغَصْبِ إلى حينِ التَّلَفِ ، نَظَرْتَ ؛ فإن كان ذلك لمَعْنًى فيه ، وجَبَت قِيمَتُه أكْثَرَ ما كانَت ؛ لأنَّ مَعانِيَه مَضْمُونَةٌ مع رَدِّ العَيْنِ ، فكذا مع تَلَفِها ، وإن كان لاخْتِلافِ الأسْعارِ ، فالواجِبُ قِيمَتُه يومَ تَلِفَ ؛ لأنَّها حِينَئِذٍ ثَبَتَت فى ذِمَّتِه ، وما زاد على ذلك لا يُضْمَنُ مع الرَّدِّ ، فكذلك مع التَّلَفِ ، كالزِّيادَةِ على القِيمَةِ . وتَجِبُ القِيمَةُ مِن نَقْدِ البَلَدِ الذى تَلِف فيه ؛ لأنَّه مَوْضِعُ الضَّمانِ .

فإن كان المَضْمُونُ سَبِيكَةً ، أو نُقْرَةً[(3)] ، أو مَصُوغًا ، ونَقْدُ البَلَدِ مِن غيرِ جِنْسِه ، أو قِيمَتُه كوَزْنِه ، وَجَبَت ؛ لأنَّ تَضْمِينَه بها لا يُؤَدِّى إلى الرِّبا ، فأَشْبَهَ غيرَ الأثْمانِ . وإن كان نَقْدُ البلدِ مِن جِنْسِه ، وقِيمَتُه مُخالِفَةً لوَزْنِه ، قُوِّمَ بغيرِ جِنْسِه ؛ كَيْلا يُؤَدِّىَ إلى الرِّبا . وإن كانَتِ الصِّناعَةُ مُحَرَّمَةً ، فلا عِبْرَةَ بها ؛ لأنَّها [٢٢٠و] لا قِيمَةَ لها شَرْعًا . وذَكَرَ القاضى أنَّ ما زادَتْ قِيمَتُه لصِناعَةٍ مُباحَةٍ ، جاز أن يُضْمَنَ بأكْثَرَ مِن وَزْنِه ؛ لأنَّ الزِّيادَةَ فى

= نصيبه ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/ ٩٢، ٩٣. والنسائى ، فى : باب الشركة بغير مال ، وباب الشركة فى الرقيق ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٨٠، ٢٨١. وابن ماجه ، فى : باب من أعتق شركا له فى عبد ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٢/ ٨٤٤. والإمام مالك ، فى : باب من أعتق شركا له فى مملوك ، من كتاب العتق والولاء . الموطأ ٢/ ٧٧٢. والإمام أحمد ، فى : المسند ١/ ٥٦، ٢/ ٢، ١٥، ٥٣، ٧٧، ١٠٥، ١١٢، ١٢٢، ١٤٢، ١٥٦.

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) سقط من : م .

(٣) فى س ٢: « نقودا » . والنقرة : القطعة المذابة من الذهب والفضة .

مُقابَلَةِ الصَّنْعَةِ، فلا يُؤَدِّى إلى الرِّبا.

فصل: وإذا كانَت للمَغْصُوبِ مَنْفَعةٌ[1] تُسْتَباحُ بالإجارَةِ، فأقامَ فى يَدِه مُدَّةً لمِثْلِها أُجْرَةٌ، فعليه الأُجْرَةُ. وعنه، أنَّ مَنافِعَ الغَصْبِ لا تُضْمَنُ. والمَذْهَبُ الأَوَّلُ؛ لأنَّه يَطْلُبُ بدَلَها بعَقْدِ المُعايَنَةِ، فتُضْمَنُ بالغَصْبِ، كالعَيْنِ. وسَواءٌ رَدَّ العَيْنَ أو بدَلَها؛ لأنَّ ما وَجَب مع رَدِّها، وَجَب مع بدَلِها، كأَرْشِ النَّقْصِ. فإن تَلِفَتِ العَيْنُ، لم تَلْزَمْه أُجْرَتُها بعدَ التَّلَفِ؛ لأنَّه لم يَبْقَ لها أُجْرَةٌ. ولو غَصَب دارًا فهدَمَها، أو عَرْصَةً فبَناهَا، أو دارًا فهدَمَها، ثم بَناهَا وسَكَنَها، فعليه أُجْرَةُ عِوَضِه؛ لأنَّه لمَّا هَدَم البِناءَ لم يَبْقَ له أُجْرَةٌ لتَلَفِه، ولمَّا بَنى العَرْصَةَ كان البِناءُ له، فلم يَضْمَنْ أُجْرَةَ مِلْكِه، إلَّا أن يَبْنِيَها بتُرابِها، أو آلَةٍ للمَغْصُوبِ منه، فتَكونَ مِلْكَه؛ لأنَّها أعْيانُ مالِه، وليس للغاصِبِ فيه[2] إلَّا أثَرُ الفِعْلِ، فتَكُونُ أُجْرَتُها عليه.

وكلُّ ما لا تُسْتَباحُ مَنافِعُه بالإجارَةِ[3]، أو تَنْدُرُ إجارَتُه؛ كالغَنَمِ، والشَّجَرِ، والطَّيْرِ، فلا أُجْرَةَ له. ولو أطْرَقَ فَحْلًا، أو غَصَب كَلْبًا، لم تَلْزَمْه أُجْرَةٌ لذلك؛ لأنَّه لا يجوزُ أخْذُ العِوَضِ عن مَنافِعِه بالعَقْدِ، فلا يجوزُ بغيرِه.

فصل: وإن غَصَب ثَوْبًا فلَبِسَه وأبْلاه، فعليه أُجْرَتُه وأَرْشُ نَقْصِه؛ لأنَّ

---

(١) بعده فى م: «مباحة».

(٢) فى الأصل: «منه».

(٣) فى م: «كالإجارة».

كلَّ واحدٍ منهما يُضْمَنُ مُنْفَرِدًا ، فيُضْمَنُ مع غيرِه . ويَحْتَمِلُ أن[1] يَضْمَنَ أكْثَرَ الأمْرَيْن مِن الأُجْرَةِ وأَرْشِ النَّقْصِ ؛ لأنَّ ما نَقَص حَصَل بالانْتِفاعِ الذى أخَذ المالِكُ أُجْرَتَه ، ولذلك لا يَضْمَنُ المُسْتَأْجِرُ أَرْشَ هذا النَّقْصِ . وإن كان الثَّوْبُ ممَّا لا أُجْرَةَ له ، كغيرِ المَخِيطِ ، فعليه أَرْشُ نَقْصِه حَسْبُ . وإن كان المَغْصُوبُ عَبْدًا فكَسَب ، ففى أُجْرَةِ مُدَّةِ كسْبِه وَجْهان كذلك . وإن أبَق العبدُ فغَرِمَ قيمَتَه ، ثم وَجَدَه فرَدَّه ، ففى أُجْرَتِه مِن حينَ دَفَعَ قِيمَتَه إلى رَدِّه وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا يَلْزَمُه ؛ لأنَّ المَغْصُوبَ منه مَلَك بَدَلَ العَيْنِ ، فلا يَسْتَحِقُّ أُجْرَتَها . والثانى ، يَلْزَمُه ؛ لأنَّ منافِعَ مالِه تَلِفَتْ بسببٍ كانَ فى يَدِ الغاصِبِ ، فلَزِمَه ضَمانُها[2] ، كما لو لم يَدْفَعِ القِيمَةَ . وإن غَصَب أرْضًا فزرَعَها ، فأخَذَ المالِكُ زَرْعَها ، لم يكنْ على الغاصِبِ أُجْرَةٌ ؛ لأنَّ منافِعَ مِلْكِه عادَت إليه ، إلَّا أن يأْخُذَه بقِيمَتِه ، فتكونَ له الأُجْرَةُ إلى وَقْتِ أخْذِه ؛ لأنَّ القِيمَةَ زادَت بذلك للغاصِبِ ، فكان نَفْعُها عائدًا إليه .

فصل : إذا غَصَب عَيْنًا فباعَها لعالمٍ بالغَصْبِ ، فتَلِفَت عندَ المُشْتَرِى ، فللمالِكِ تَضْمِينُ أيِّهما شاء قِيمَتَها وأُجْرَتَها مُدَّةَ مُقامِها فى يَدِ المُشْتَرِى ، يُضَمِّنُ الغاصِبَ لغَصْبِه ، والمُشْتَرِىَ لقَبْضِه مِلْكَ غيرِه بغيرِ إذْنِه . فإن ضمَّنَ الغاصِبَ ، رَجَع على المُشْتَرِى ، وإن ضَمَّنَ المُشْتَرِىَ ، لم يَرْجِعْ على أحَدٍ ؛ لأنَّه غاصِبٌ تَلِفَ المَغْصُوبُ فى يَدِه ، فاسْتَقَرَّ الضَّمانُ عليه ، كالغاصِبِ إذا تَلِفَ تحتَ يَدِه . [٢٢٠ظ] فأمَّا أُجْرَتُها أو نَقْصُها قبلَ بَيْعِها ، فعلى

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى الأصل : « ضمانهما » .

الغاصِبِ وحدَه ، لا[1] شيءَ على المُشْتَرِى منه . وإن كانَ جارِيَةً فوَطِئَها ، لَزِمَه الحَدُّ والمَهْرُ ، ورَدُّها مع ولَدِها ، وأُجْرَتُها ، وأَرْشُ نَقْصِها ، ووَلَدُها رَقِيقٌ ؛ لأنَّ وَطْأَه زِنًى ، فأَشْبَهَ الغاصِبَ . وإن لم يعْلَمِ المُشْتَرِى بالغَصْبِ ، فلا حَدَّ عليه ، ووَلَدُه حُرٌّ ، وعليه فِداؤُه بمِثْلِه يومَ وَضْعِه ؛ لأنَّه مَغْرُورٌ ، فأَشْبَهَ ما لو تزَوَّجَها على أنَّها حُرَّةٌ . وللمالِكِ تَضْمِينُ أَيِّهما شاء ؛ لِما ذكَرْنا ، فإن ضَمَّنَ الغاصِبَ ، رَجَع على المُشْتَرِى بقِيمَةِ العَيْنِ ونَقْصِها ، وأَرْشِ بَكارَتِها ؛ لأنَّه دخَلَ مع البائِعِ على أن يكونَ ضامِنًا لذلك بالثَّمَنِ ، فلم يَغُرَّه فيه ، ولا يَرْجِعُ عليه ببَدَلِ الوَلَدِ إذا ولَدَتْ منه ، ونَقْصِ الوِلادَةِ ؛ لأنَّه دَخَل معه على أن لا يَضْمَنَه فغَرَّه بذلك .

فأمَّا ما حَصَلَت له به مَنْفَعةٌ ولم يَلْتَزِمْ ضَمانَه ، كالأُجْرَةِ والمَهْرِ ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهُما ، لا يَرْجِعُ به ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ دَخَلَ معه فى العَقْدِ على أنْ يُتْلِفَه بغيرِ عِوَضٍ ، فقد غَرَّه ، فاسْتقَرَّ الضَّمانُ على الغاصبِ ، كعِوَضِ الوَلَدِ . والثانيةُ ، يَرْجِعُ به ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ اسْتَوْفَى بَدَلَ ذلك ، فتقَرَّرَ ضَمانُه عليه . وإنْ ضَمَّنَ المُشْتَرِىَ ، رَجَع على الغاصِبِ بما لا يَرْجِعُ به الغاصِبُ عليه ؛ لأنَّه اسْتَقَرَّ ضَمانُه على الغاصِبِ ، ولم يَرْجِعْ بما يَرْجِعُ به الغاصِبُ عليه ؛ لأنَّه لا فائدَةَ فى رُجُوعِه عليه بما يَرْجِعُ به الغاصِبُ عليه .

فصل : وإن وَهَب المَغْصُوبَ لعالمٍ بالغَصْبِ ، أو أَطْعَمَه إيَّاه ، اسْتَقَرَّ الضَّمانُ على المُتَّهِبِ ، ولم يَرْجِعْ على أَحَدٍ ؛ لِما ذكَرْنا فى المُشْتَرِى . وإن

---

(1) فى م : « ولا » .

لم يَعْلَمْ ، رَجَع بما غَرِم على الغاصِبِ ؛ لأنَّه غَرَّه لدُخولِه[1] معه على أنَّه لا يَضْمَنُ . وعنه فيما إذا أكَلَه أو أتْلَفَه ، أنَّه لا يَرْجِعُ به ؛ لأنَّه غَرِم ما أتْلَفَ . فعلى هذا ، إن غَرَّمَ الغاصِبَ ، رَجَع على الآكِلِ ؛ لأنَّه أتْلَفَه ، فاسْتَقَرَّ الضَّمانُ عليه . وإن أجَر الغاصِبُ العَيْنَ ، ثم اسْتَرَدَّها المالِكُ ، رَجَع على مَن شاء منهما بأُجْرَتِها ، ويَسْتَقِرُّ الضَّمانُ على المُسْتَأْجِرِ ، عَلِم أو جَهِل ؛ لأنَّه دَخَل فى العَقْدِ على أن يَضْمَنَ المَنْفَعَةَ ، ويَسْقُطُ عنه المُسَمَّى فى الإجارَةِ . وإن تَلِفَتِ العَيْنُ فغَرِمَها ، رَجَع به على الغاصِبِ إذا لم يَعْلَمْ ؛ لأنَّه دَخَل معه على أنَّه لا يَضْمَنُ . وإن وَكَّلَ رَجُلًا فى بَيْعِها ، أو أوْدَعَها ، فللمالِكِ تَضْمِينُ مَن[2] شاء ؛ لِما ذكَرْنا . وإن ضَمَّنَهما[3] ، رَجَعَا بما غَرِما على الغاصِبِ ، إلَّا أن يَعْلَما بالغَصْبِ فيَسْتَقِرَّ الضَّمانُ عليهما . وإن أعارَها ، اسْتَقَرَّ الضَّمانُ على المُسْتَعِيرِ ، عَلِم أو جَهِل ؛ لأنَّه دَخَل[4] على أنَّها مَضْمُونَةٌ عليه . وإن غَرَّمَه الأُجْرَةَ ، ففيه وَجْهان ، مَضَى تَوْجِيهُهما فى المُشْتَرِى .

فصل : وإن أَطْعَمَ المَغْصُوبَ لمالِكِه فأكَلَه عالِمًا به ، بَرِئَ الغاصِبُ ؛ [٢٢١و] لأنَّه أتْلَفَ مالَه بِرِضاه ، عالمًا به . وإن لم يَعْلَمْ ، فالمَنْصُوصُ أنَّه يَرْجِعُ . قِيلَ لأحمدَ فى رَجُلٍ له قِبَلَ رَجُلٍ تَبِعَةٌ ، فأوْصَلَها إليه على سَبِيلِ

---

(١) فى م : « بدخوله » .

(٢) فى م : « ما » .

(٣) فى م : « ضمنها » .

(٤) بعده فى م : « معه » .

صَدَقَةٍ (١أو هَدِيَّةٍ١) ، ولم يعْلَمْ ، فقال : كيف هذا ؟ هذا يَرَى أنَّه هَدِيَّةٌ ، يقولُ(٢) : هذا لكَ عندِى . (٣وهذا٣) لأنَّه بالغَصْبِ أزالَ سُلْطَانَه ، وبالتَّقْدِيمِ إليه لم يَعُدْ ذلك السُّلْطانُ ، فإنَّه إباحَةٌ لا يَمْلِكُ بها التَّصَرُّفَ فى غيرِ ما أَذِنَ له فيه . ويتخَرَّجُ أن يَبْرَأَ ؛ لأنَّه رَدَّ إليه مالَه ، فَبَرِئَ ، كما لو وَهَبه إيّاه ، ويُحْمَلُ كلامُ أحمدَ على أنَّه أوْصَلَ إليه بدَلَه .

فأمَّا إنْ وهَبَه إيَّاه ، فالصَّحِيحُ أنَّه يَبْرأُ ؛ لأنَّه قد سَلَّمَه تَسْلِيمًا صحيحًا ، ورَجع إليه سُلْطَانُه (٤) ، وزالَتْ يَدُ الغاصِبِ بالكُلِّيَّةِ . وكذلك إن باعَه إيَّاه ، وسلَّمَه إليه .

فأمَّا إنْ أوْدَعَه إيَّاه ، أو أعارَه ، أو أجَرَه إيَّاه ، فإن عَلِم أنَّه مالُه ، بَرِئَ الغاصِبُ ؛ لأنَّه عاد إلى يَدِه وسُلْطانِه . وإن لم يَعْلَمْ ، لم يَبْرَأْ ؛ لأنَّه لم يَعُدْ إليه سُلْطانُه ، وإنَّما قبَضَه على الأَمانَةِ . (٥وقال بعضُ(٦) أصْحابِنا : يَبْرَأُ ؛ لأنَّه عادَ إلى يَدِه٥) .

فصل : وأُمُّ الوَلَدِ تُضْمَنُ بالغَصْبِ ؛ لأنَّها تُضْمَنُ فى الإتْلافِ بالقِيمَةِ ، فتُضْمَنُ بالغَصْبِ ، كالقِنِّ .

(١ - ١) زيادة من : م .

(٢) فى م : « يقولون » .

(٣ - ٣) سقط من : م .

(٤) بعده فى م : « به » .

(٥ - ٥) سقط من : ف ، ب .

(٦) سقط من : س ٢.

ولا يُضْمَنُ الحُرُّ بالغَصْبِ ؛ لأنَّه ليس بمالٍ ، فلم يُضْمَنْ باليَدِ . وإن حَبَس حُرًّا فمات ، لم يَضْمَنْه ؛ لذلك ، إلَّا أن يكونَ صَغيرًا ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا يَضْمَنُ ؛ لأنَّه حُرٌّ ، أَشْبَهَ الكبيرَ . والثانى ، يَضْمَنُه ؛ (1)لأنَّه لا(1) تصرُّفَ له فى نَفْسِه ، أَشْبَهَ المالَ . فإن قلنا : لا يَضْمَنُه . فكان عليه حَلْىٌ ، فهل يَضْمَنُ الحَلْىَ ؟ فيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، لا يَضْمَنُه ؛ لأنَّه تحتَ يَدِه ، أَشْبَهَ ثِيابَ الكبيرِ . والثانى ، يَضْمَنُه ؛ لأنَّه اسْتَوْلَى عليه ، فأَشْبَهَ ما لو كان مُنْفَرِدًا . وإنِ اسْتَعْملَ الكبيرَ مُدَّةً كَرْهًا ، فعليه أُجْرَتُه ؛ لأنَّه أتْلَفَ عليه ما يُتَقَوَّمُ ، فلَزِمَه ضَمانُه ، كإتْلَافِ مَالِه . وإن حبَسَه مُدَّةً لمثلِها أُجْرَةٌ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، تَلْزَمُه الأُجْرةُ ؛ لأنَّها مَنْفَعَةٌ تُضْمَنُ بالإجارَةِ ، فضُمِنَت بالغَصْبِ ، كنَفْعِ المالِ . والثانى ، لا يَلْزَمُه ؛ لأنَّها تَلِفَت تحتَ يَدِه ، فلم تُضْمَنْ ، كأطْرافِه .

فصل : وإنْ غَصَب كَلْبًا يجوزُ اقْتِنَاؤُه ، لَزِمَه رَدُّه ؛ لأنَّ فيه نَفْعًا مُباحًا . وإن غَصَب خَمْرَ ذِمِّىٍّ ، لَزِم رَدُّها إليه ؛ لأنَّه يُقَرُّ على اقْتِنائِها وشُرْبِها ، وإن غَصَبَها مِن مسلمٍ ، وجَبَت إراقَتُها ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ أمَر بإراقَةِ خَمْرِ الأَيْتَامِ(2) . وإن أتْلَفَها لمُسْلِمٍ(3) أو ذِمِّىٍّ ، لم يَضْمَنْها ؛ لِما روَى ابنُ عَبّاسٍ ، رَضِىَ اللَّهُ عنهما ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « إن اللَّهَ إذا حَرَّمَ شيئًا حَرَّمَ ثَمَنَهُ »(4) . ولأنَّها يَحْرُمُ الانْتِفاعُ بها ، فلم تُضْمَنْ ، كالمَيْتَةِ . وإن غصَبَه

(1 - 1) فى الأصل : « لا » ، وفى م : « لأنه » .

(2) تقدم تخريجه فى 1/188 ، 189 .

(3) فى م : « المسلم » .

(4) تقدم تخريجه فى صفحة 16 .

منهما فتَخَلَّلَ فى يَدِه ، لَزِمَه رَدُّه إلى صاحبِه ؛ لأنَّه صار خَلًّا على حُكْمِ مِلْكِه ، فإن تَلِف ، ضَمِنَه ؛ لأنَّه مالٌ تَلِفَ[1] فى يَدِ الغاصِبِ ، [٢٢١ظ] فإن أراقَه صاحِبُه فجَمَعَه إنسانٌ ، فتَخَلَّلَ ، لم يَلْزَمْه رَدُّه ؛ لأنَّ صاحِبَه أزالَ مِلْكَه عنه بتَبْدِيدِه .

فصل : وإن غَصَب جِلْدَ مَيْتَةٍ ، ففى وُجُوبِ رَدِّه وَجْهان مَبْنِيَّان على طَهارَتِه بالدِّباغِ ، إن قُلْنا : يَطْهُرُ . وَجَب رَدُّه ؛ لأنَّه يُمْكِنُ التَّوَصُّلُ إلى تَطْهِيرِه ، أَشْبَهَ الثوبَ النَّجِسَ . وإن قُلْنا : لا يَطْهُرُ . لم يَجِبْ رَدُّه . ويَحْتَمِلُ أن يَجِبَ إذا قُلْنا بجوازِ الانْتِفاعِ به فى اليابِساتِ ، ككَلْبِ الصَّيْدِ . وإن أتْلَفَه ، لم يَضْمَنْه ؛ لأنَّه لا قِيمَةَ له .

فصل : وإن كَسَر صَلِيبًا أو مِزْمارًا ، لم يَضْمَنْه ؛ لأنَّه لا يَحِلُّ بَيْعُه ، فأَشْبَهَ المَيْتَةَ . وإن كَسَر أوانِىَ الذَّهَبِ والفِضَّةِ ، لم يَضْمَنْها ؛ لأنَّ اتِّخاذَها مُحَرَّمٌ . وإن كَسَر آنيَةَ الخَمْرِ ، ففيه رِوايتان ؛ إحْدَاهُما ، يَضْمَنُها ؛ لأنَّها مالٌ غيرُ مُحَرَّمٍ ، ولأنَّها تُضْمَنُ إذا خَلَتْ[2] ، فَتُضْمَنُ إذا كان فيها خَمْرٌ ، كالدَّارِ . والثانيةُ ، لا تُضْمَنُ ؛ لِما رَوَى ابنُ عُمَرَ أنَّ النبىَّ ﷺ أمَرَه بتَشْقِيقِ زِقاقِ الخَمْرِ . رَواه أحمدُ فى « المُسْنَدِ »[3] .

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى م : « كان فيها خل » .

(٣) المسند ٢/ ١٣٣.

فصل : ومَن أتْلَفَ مالًا مُحْتَرَمًا [(1] لغيرِه ، ضَمِنَه ؛ لأنَّه فوَّتَه ، فضَمِنَه ، كما لو غَصَبَه فتَلِف عندَه . وإن فَتَح قَفَصَ طائرٍ فطار ، أو حَلَّ دابَّةً فشَرَدَتْ ، أو قَيْدَ عَبْدٍ فذَهَبَ ، أو رِباطَ سَفِينَةٍ فغَرِقَتْ ، ضَمِن ذلك كلَّه[(2)] ؛ لأنَّه تَلِفَ بسبَبِ[1)] فِعْلِه ، فضَمِنَه[(3)] ، كما لو نَفَّرَ الطائرَ أو الدّابَّةَ . وإن فَعَل ذلك ، فلم يَذْهَبْ حتى جاء آخَرُ فنَفَّرَهُما ، فالضَّمانُ على المُنَفِّرِ ؛ لأنَّ فِعْلَه أخَصُّ ، فاخْتَصَّ الحُكْمُ[(4)] به ، كالدَّافِعِ مع الحافِرِ . وإن وَقَف طائرٌ على جِدارٍ ، فنَفَّرَه إنْسانٌ فَطار ، لم يَضْمَنْه ؛ لأنَّ تنْفِيرَه لم يكنْ سبَبَ فَوَاتِه ؛ لأنَّه كانَ فائتًا قبلَه . وإن طار فى هَواءِ دارِه فرَماه فقَتَلَه ، ضَمِنَه ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ مَنْعَ الطائرِ الهواءَ ، فأَشْبَهَ ما لو قتَلَه فى غيرِ دارِه .

فصل : وإن حَلَّ زِقًّا فانْدَفَقَ ، أو خَرَج منه شىءٌ بَلَّ أَسْفَلَه فسَقَطَ ، أو سَقَط بريحٍ أو زَلْزَلَةٍ ، أو كان جامِدًا فذابَ بالشَّمْسِ فانْدَفَقَ ، ضَمِنَه ؛ لأنَّه تَلِفَ بسَبَبِه ، فضَمِنَه ، كما لو دَفَعَه . وقال القاضى : لا يَضْمَنُه إذا سَقَط بريحٍ أو زَلْزَلَةٍ ؛ لأنَّ فِعْلَه غيرُ مُلْجِئٍ ، فلم يَضْمَنْه ، كما لو دفَعَه إنْسانٌ آخَرُ . ولَنا ، أنَّه لم يتَخَلَّلْ بينَ فِعْلِه وتَلَفِه مُباشَرَةٌ يُمْكِنُ إحالَةُ الضَّمانِ عليها ، فيَجِبُ أن يَضْمَنَه ، كما لو جَرَح إنسانًا فأصابه الحَرُّ فَمَات به . فأمَّا إن بَقِىَ واقِفًا ، فَجاء إنْسانٌ فدَفَعَه ، ضَمِنَه الثانى ؛ لأنَّه مُباشِرٌ ، وإن كان يخْرُجُ قليلًا قليلًا ، فجاءَ إنْسانٌ فنَكَّسَه فانْدَفَقَ ، ضَمِن الثانى ما خَرَج بعدَ

(1 - 1) فى الأصل : « لغير سبب » .

(2) سقط من : م .

(3) فى الأصل : « ضمته » .

(4) فى م : « الضمان » .

التَّنْكِيسِ ؛ لأنَّه مُبَاشِرٌ له ، فهو كالذَّابِحِ بعدَ الجَارِحِ . ويَحْتَمِلُ أن يَشْتَرِكَا فيما بعدَ التَّنْكِيسِ .

وإن فَتَح زِقًّا فيه جامِدٌ ، [(1)] فَجاءَ آخَرُ [(1)] فقَرَّبَ إليه نارًا فأذابَه ، فانْدَفَقَ ، ضَمِنَه الثانى ؛ لأنَّه باشَرَ الإتْلافَ ، وإن أذابَه الأوَّلُ ، ثم فَتَحَه الثانِى ، فالضَّمانُ على الثانِى ؛ لأنَّ التَّلَفَ حَصَل بفِعْلِه .

فصل : وإن أَجَّجَ فى سَطْحِه نارًا ، فتَعَدَّتْ ، فأحْرَقَتْ شيئًا لجارِه ، وكان ما فَعَله يَسِيرًا ، جَرَتِ [٢٢٢و] العادَةُ به ، لم يَضْمَنْ ؛ لأنَّه غيرُ مُتَعَدٍّ ، وإن أسْرَفَ فيه لكَثْرَتِه ، أو لكَوْنِه فى رِيحٍ عاصِفٍ ، ضَمِن . وكذلك إن سَقَى أرْضَه فتَعَدَّى إلى حائطِ آخَرَ [(2)] .

فصل : وإن أطارَتِ الرِّيحُ إلى دارِه ثَوْبًا ، لَزِمَه حِفْظُه ؛ لأنَّه أمانَةٌ حَصَلَت فى يَدِه ، فلَزِمَه حِفْظُها ، كاللُّقَطَةِ . فإن عَرَف صاحِبَه ، لَزِمَه إعْلامُه ، فإن لم يَفْعَلْ ، ضَمِنَه ، كاللُّقَطَةِ إذا تَرَك تعْرِيفَها . وإن دَخَل طائِرٌ دارَه ، لم يَلْزَمْه حِفْظُه ، ولا إعلامُ صاحِبِه ؛ لأنَّه مَحْفُوظٌ بنَفْسِه ، فإن أغْلَقَ عليه بابًا ليُمْسِكَه ، ضَمِنَه ؛ لأنَّه أمْسَكَه لنَفْسِه ، فضَمِنَه ، كالغاصِبِ ، وإنْ لم يَنْوِ ذلك ، لم يَضْمَنْه ؛ لأنَّه يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فى دارِه ، فلم يَضْمَنْ ما فيها .

فصل : إذا اخْتَلَفَ المالِكُ والغاصِبُ فى تَلَفِ المَغْصُوبِ ، فالقولُ قولُ

(١ - ١) فى ب : « وجاء إنسان » .

(٢) فى الأصل : « الغير » .

الغاصِبِ مع يَمِينِه ؛ لأنَّه يَتعَذَّرُ إقامَةُ البَيِّنَةِ على التَّلَفِ ، ويَلْزَمُه البَدَلُ ؛ لأنَّه بيَمِينِه تعَذَّرَ[1] الرُّجُوعُ إلى العَيْنِ ، فوَجَب بدَلُها ، كما لو أَبَقَ العَبْدُ المَغْصُوبُ .

وإنِ اخْتَلفا فى قِيمَةِ المَغْصُوبِ ، فالقولُ قولُ الغاصِبِ ؛ لأنَّ الأصْلَ بَراءَةُ ذِمَّتِه مِن الزِّيادَةِ المُخْتَلَفِ فيها ، فأَشْبَهَ مَن ادُّعِىَ عليه دَيْنٌ ، فأقَرَّ ببَعْضِه وجَحَد باقِيَه . وإن قال المالِكُ : كان كاتِبًا قِيمَتُه أَلْفٌ . وقال الغاصِبُ : كان أُمِّيًّا قِيمَتُه مِائةٌ . فالقولُ قولُ الغاصِبِ ؛ لِما ذكَرْناه . وإن قال الغاصِبُ : كان سارِقًا فقِيمَتُه مائةٌ . وقال المالِكُ : لم يكنْ سارِقًا فقِيمَتُه أَلْفٌ . فالقولُ قولُ المالِكِ ؛ لأنَّ الأصْلَ عدَمُ السَّرِقَةِ . وإن غَصَبَه طَعامًا ، وقال : كان عَتِيقًا ، (2فلا يَلْزَمُنى حديثٌ2) . فأنْكَرَه المالِكُ ، فالقولُ قولُ الغاصِبِ ؛ لأنَّ الأصْلَ براءَةُ ذِمَّتِه مِن الحدِيثِ ، ويأْخُذُ المَغْصُوبُ منه العَتِيقَ ؛ لأنَّه دُونَ حقِّه . وإنِ اخْتلَفا فى الثِّيابِ التى على العَبْدِ المَغْصُوبِ ، هل هى للغاصِبِ أو للمالِكِ ؟ فهى للغاصِبِ ؛ لأَنَّها هى[3] والعَبْدَ فى يَدِه ، فكان القولُ قولَه فيها . وإن غَصَبَه خَمْرًا ، فقال المالِكُ : اسْتَحالَت خَلًّا . فأنْكَرَه الغاصِبُ ، فالقولُ قولُ الغاصِبِ ؛ لأنَّ الأصْلَ عدَمُ الاسْتِحالَةِ .

فصل : إذا اشْتَرَى رجلٌ عَبْدًا ، فادَّعَى رجلٌ أنَّ البائِعَ غَصَبَه إيَّاه ، فأنْكَرَه المُشْتَرِى وصدَّقَه البائِعُ ، حَلَف المُشْتَرِى ، والعبدُ له ، وعلى البائِعِ

---

(1) بعده فى س ٢: « إقامة البينة » .

(٢ - ٢) سقط من : م .

(٣) سقط من : م .

قِيمَتَه ، ولا يَمْلِكُ مُطالَبَةَ المُشْتَرِى بالثَّمَنِ ؛ لأنَّه لا يَدَّعِيه ، (1) إلَّا أن يَغْرَمَ قِيمَتَه ، فيَمْلِكَ (1) مُطالَبَتَه بأقَلِّ الأمْرَيْن مِن قِيمَتِه أو ثَمَنِه ؛ لأنَّه يَدَّعِى القِيمَةَ ، والمُشْتَرِى يُقِرُّ بالثَّمَنِ ، فيكونُ له أقَلُّهما ، وللمالِكِ مُطالَبَةُ المُشْتَرِى ؛ لأنَّه مُقِرٌّ بالثَّمَنِ للبائعِ ، والبائعُ يُقِرُّ به لمالِكِه . فإن قُلْنا بصِحَّةِ تصَرُّفِ الغاصِبِ ، فله مُطالَبَتُه بجَمِيعِ الثَّمَنِ . وإن قُلْنا : لا يَصِحُّ . فله أقَلُّ الأمْرَيْن ؛ لِما تقدَّمَ . وإن صدَّقَه المُشْتَرِى ، فأنْكَرَه البائعُ ، حَلَفَ البائعُ وبَرِئَ ، ويأْخُذُ المُدَّعِي عَبْدَه ؛ لِما روَى سَمُرَةُ عن النبيِّ ﷺ أنَّه قال : « مَن وَجَد مَتاعَهُ عندَ رجلٍ ، فهو أَحَقُّ بِهِ » (2) . [٢٢٢ظ] وإن كان المُشْتَرِى أعْتَقَ العَبْدَ ، فصَدَّقَ البائعُ والمُشْتَرِى الغاصبَ ، غَرَّمَ أَيَّهما شاء قِيمَتَه ، ويَسْتَقِرُّ الضَّمانُ على المُشْتَرِى ؛ لأنَّه أتْلَفَ العَبْدَ بعِتْقِه . وإن وافَقَهما العَبْدُ على التَّصْدِيقِ ، فكذلك ، ولم يَبْطُلِ العِتْقُ ؛ لأنَّه حَقُّ اللَّهِ تعالى ، فلا يُقْبَلُ قولُهم فى إبْطالِه . وفيه وَجْهٌ آخَرُ أنَّه يَبْطُلُ العِتْقُ إذا صَدَّقُوه كلُّهم ، ويَعودُ العَبْدُ رَقِيقًا للمُدَّعِي ؛ لأنَّه أقَرَّ (3) بالرِّقِّ على وَجْهٍ لا يَبْطُلُ به حَقُّ أحَدٍ ، فقُبِلَ ، كإقْرارِ مَجْهُولِ الحالِ .

(1 - 1) فى م : « ويحتمل أن يملك » .

(2) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يجد عين ماله عند رجل ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢/ ٢٥٩. والنسائى ، فى : باب الرجل يبيع السلعة فيستحقها مستحق ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٧٦. والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/ ١٠.

(3) فى م : « إقرار » .

كِتَابُ الشُّفْعَةِ

وهى اسْتِحْقاقُ انْتِزَاعِ الإنْسانِ[1] حِصَّةَ شَرِيكِه مِن مُشْتَرِيها بمثلِ ثَمَنِها .

وهى ثابتَةٌ بالسُّنَّةِ والإجْماعِ ؛ أمَّا السُّنَّةُ ، فما روَى جابِرٌ قال : قَضَى رسولُ اللَّهِ ﷺ بالشُّفْعَةِ فى كُلِّ شِرْكٍ لم يُقْسَمْ ؛ رَبْعَةٍ[2] ، أو حَائِطٍ ، لَا يَحِلُّ له أن يَبِيعَ حتَّى يَسْتَأْذِنَ شَرِيكَه ، فإن شاء أخَذ ، وإن شاء تَرَك ، فإن باع ولم يَسْتَأْذِنْه ، فَهُوَ أَحَقُّ بِه . رَواه مسلمٌ[3] . وأجْمَعَ المسلمون على ثُبوتِ الشُّفْعَةِ فى الجُمْلَةِ .

ولا تَثْبُتُ إلَّا بشُروطٍ سَبْعَةٍ ؛ أحدُها ، أن يكونَ المَبِيعُ أَرْضًا ؛ للخَبَرِ ، ولأنَّ الضَّرَرَ فى العَقارِ يتَأَبَّدُ مِن جِهَةِ الشَّرِيكِ ، بخِلافِ غيرِه . فأمَّا غيرُ الأَرْضِ ، فنَوْعان ؛ أحدُهما ، البِنَاءُ والغِراسُ ، فإذا بِيعا مع الأَرْضِ ، ثَبَتَتِ

---

(١) بعده فى الأصل : « من » .

(٢) الربعة : الدار والمسكن ومطلق الأرض .

(٣) فى : باب الشفعة ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/ ١٢٢٩.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الشفعة ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢/ ٢٥٦. والنسائى ، فى : باب الشركة فى الرباع ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٨١. والدارمى ، فى : باب فى الشفعة ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/ ٢٧٣، ٢٧٤. والإمام أحمد ، فى : المسند ٣١٦.

الشُّفْعَةُ فيه ؛ لأنَّه يَدْخُلُ فى قَوْلِه عليه الصلاةُ والسلامُ : « حَائِطٍ »[1] . وهو البُسْتَانُ المحُوطُ . ولأنَّه يُرادُ للتَّأْبِيدِ ، فهو كالأَرْضِ . وإن بِيعَ مُنْفَرِدًا ، فلا شُفْعَةَ فيه ؛ لأنَّه يُنْقَلُ ويُحَوَّلُ . وعن أحمدَ أنَّ فيه شُفْعَةً ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لم يُقْسَمْ »[2] . ولأنَّ فى الأَخْذِ بها رَفْعَ ضَرَرِ الشَّرِكَةِ ، فأَشْبَهَ الأَرْضَ . والمَذْهَبُ الأَوَّلُ ؛ لأنَّ هذا مِمَّا لا يَتَباقَى ضَرَرُه ، فأَشْبَهَ المَكِيلَ ، وفى سِياقِ الخَبَرِ ما يَدُلُّ على أنَّه أرادَ الأَرْضَ ؛ لقَوْلِه : « فإذا طُرِّقَتِ الطُّرُقُ[3] ، فلا شُفْعَةَ »[4] . النَّوْعُ الثانى ، الزَّرْعُ ، والثَّمَرَةُ الظاهِرَةُ ، والحَيَوانُ ، وسائرُ المَبِيعَاتِ ، فلا شُفْعَةَ فيه تَبَعًا ولا أصْلًا ؛ لأنَّه لا يدْخُلُ فى البيعِ تَبَعًا ، فلا يَدْخُلُ فى الشُّفْعَةِ تَبَعًا . وعن أحمدَ أنَّ الشُّفْعَةَ[5] فى كلِّ ما لَا يُقْسَمُ ؛ كالحَجَرِ ، والسَّيْفِ ، والحَيَوانِ ومافى مَعْناه . ووَجْهُ الرِّوايتَيْن ما ذكَرْناه .

---

(١) مرفوعا من لفظ النبى ﷺ عند أبى داود والإمام أحمد .

(٢) أخرجه ابن عبد البر ، فى : التمهيد ٧/ ٣٩. وابن حبان ، انظر : الإحسان ١١/ ٥٩٠. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٦/ ١٠٣. كلهم من حديث أبى هريرة مرفوعا .

وأخرجه الإمام الشافعى ، انظر : ترتيب المسند ٢/ ١٦٥. والبغوى ، فى : شرح السنة ٨/ ٢٤٠. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٦/ ١٠٥. كلهم عن جابر مرفوعا .

وأخرجه الإمام مالك ، فى : الموطأ ٢/ ٧١٣. والإمام الشافعى عنه ، انظر : ترتيب المسند ٢/ ١٦٥. كلاهما عن سعيد بن المسيب وأبى سلمة بن عبد الرحمن مرسلا . وانظر : التلخيص الحبير ٣/ ٥٦، السلسلة الصحيحة ٣/ ٣٧٤.

(٣) فى ف : « الأرض » .

(٤) انظر تخريجه فى حاشية ٢.

(٥) سقط من : الأصل .

فصل : الشَّرْطُ الثانى ، أن يكونَ المَبِيعُ مُشاعًا ؛ لِما روَى جابِرٌ قال : قَضَى النبىُّ ﷺ أنَّ الشُّفْعَةَ فيما لم يُقْسَمْ ، فإذا وَقَعَتِ الحُدُودُ ، وصُرِّفَتِ الطُّرُقُ ، فلا شُفْعَةَ . (١ رَواه البُخارِىُّ ١) . ولأنَّ الشُّفْعَةَ ثَبَتَتْ لدَفْعِ الضَّرَرِ الداخِلِ (٢) بالقِسْمَةِ ؛ مِن نَقْصِ قِيمَةِ المِلْكِ ، وما يَحْتاجُ إلى إحْداثِه مِن المَرافِقِ ، ولا يُوجَدُ هذا فى [٢٢٣و] المَقْسُومِ .

فصل : الشَّرْطُ الثالثُ ، أن يكونَ مِمَّا تَجِبُ قِسْمَتُه عندَ الطَّلَبِ ، فأمَّا ما لا تَجِبُ قِسْمَتُه ؛ كالرَّحى ، والبئرِ الصغيرةِ ، والدّارِ الصَّغيرةِ ، فلا شُفْعَةَ (٣) فيه ؛ لِما رُوِىَ عن عُثْمانَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، أنَّه قال : لا شُفْعَةَ فى بِئْرٍ ولا فَحْلٍ (٤) . ولأنَّ إثْباتَ الشُّفْعَةِ إنَّما كان لدَفْعِ الضَّرَرِ الذى يَلْحَقُ بالمُقاسَمَةِ ، وهذا لا يُوجَدُ فيما لا يُقْسَمُ . وعن أحمدَ أنَّ الشُّفْعَةَ تَثْبُتُ فيه ؛ لعُمومِ

(١ - ١) فى ف ، م : « متفق عليه » .

والحديث أخرجه البخارى ، فى : باب بيع الشريك مع شريكه ، وباب بيع الأرض والدور والعروض ، من كتاب البيوع ، وفى : باب الشفعة فيما لم يقسم ... ، من كتاب الشفعة ، وفى : باب الشركة فى الأرضين ، وباب إذا اقتسم الشركاء ... ، من كتاب الشركة . صحيح البخارى ٣/ ١٠٤، ١١٤، ١٨٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الشفعة ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢/ ٢٥٦ . وابن ماجه ، فى : باب إذا وقعت الحدود فلا شفعة ، من كتاب الشفعة . سنن ابن ماجه ٢/ ٨٣٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٢٩٦، ٣٩٩ .

(٢) بعده فى م : « عليه » .

(٣) بعده فى الأصل : « له » .

(٤) فى م : « نخل » .

والأثر أخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ٨/ ٨٨ . وابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٧/ ١٧٢ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٦/ ١٠٥ .

الخَبَرِ ، ولأنَّه عَقَارٌ مُشْتَرَكٌ ، فثَبَتَتْ فيه الشُّفْعَةُ ، كالذى يُمْكِنُ قِسْمَتُه . والمَذْهَبُ الأوَّلُ . فأمَّا الطَّرِيقُ فى دَرْبٍ مَمْلُوكٍ ، فإن لم يكنْ للدارِ طرِيقٌ سِوَاهَا ، فلا شُفْعَةَ فيها ؛ لأنَّه يَضُرُّ بالمُشْتَرِى ، لكونِ دارِه تَبْقَى بلا طَرِيقٍ . وإن كان لها غيرُها ، ويُمْكِنُ قِسْمَتُها بحيثُ يَحْصُلُ لكلِّ واحدٍ منهم طريقٌ ، ففيها الشُّفْعَةُ ؛ لوُجُودِ المُقْتَضِى لها ، وعَدَمِ الضَّرَرِ فى الأَخْذِ بها ، وإن لم يُمْكِنْ قِسْمَتُها ، خُرِّجَ فيها الرِّوايَتان كغيرِها .

فصل : الشَّرْطُ الرابِعُ ، أن يكونَ الشِّقْصُ مُنْتَقِلًا بعِوَضٍ ، فأمَّا المَوْهُوبُ والمُوصَى به[1] ، فلا شُفْعَةَ فيه ؛ لأنَّه انْتَقَلَ بغيرِ بدَلٍ ، أشْبَهَ المَوْرُوثَ . والمُنْتَقِلُ بعِوَضٍ نَوْعان ؛ أحدُهما ، ما عِوَضُه المالُ كالمَبِيعِ ، ففيه الشُّفْعَةُ بالإجْماعِ ، والخَبَرُ وَرَد فيه . الثانى ، ما عِوَضُه غيرُ المالِ ؛ كالصَّداقِ ، وعِوَضِ الخُلْعِ ، والصُّلْحِ عن دَمِ العَمْدِ ، و[2] ما اشْتَرَاه الذِّمِّىُّ بخَمْرٍ أو خِنْزِيرٍ ، فلا شُفْعَةَ فيه فى ظاهِرِ المَذْهَبِ ؛ لأنَّه انْتَقَلَ بغيرِ مالٍ ، أشْبَهَ المَوْهُوبَ ، ولأنَّه لا يُمْكِنُ الأخْذُ بمثلِ العِوَضِ ، أشْبَهَ المَوْرُوثَ . وقال ابنُ حامِدٍ : فيه الشُّفْعَةُ ؛ لأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ ، أشْبَهَ البيعَ . فعلى قولِه ، يأْخُذُ الشِّقْصَ بقِيمَتِه ؛ لأنَّ أخْذَه بمَهْرِ المِثْلِ يُفْضِى إلى تَقْوِيمِ البُضْعِ فى حَقِّ الأجانِبِ . ذكرَه القاضى . وقال الشَّرِيفُ : يأْخُذُه بمَهْرِ المِثْلِ ؛ لأنَّه مَلَكَه ببَدَلٍ لا مِثْلَ له ، فيَجِبُ الرُّجُوعُ إلى قِيمَتِه ، كما لو اشْتَرَاه بعَرْضٍ . ولا

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى م : « لا » .

تَجِبُ الشُّفْعَةُ بالرَّدِّ بالعَيْبِ، و[1] الفَسْخِ بالخِيارِ أو[2] الاخْتِلافِ؛ لأنَّه فَسْخٌ للعَقْدِ وليس بعَقْدٍ، ولا برُجُوعِ الزَّوْجِ فى الصَّداقِ، أو نِصْفِه قبلَ الدُّخُولِ لذلك، ولا بالإقالَةِ إذا قُلْنا: هى فَسْخٌ. لذلك.

فصل: الشَّرْطُ الخامِسُ، الطَّلَبُ بها على الفَوْرِ ساعَةَ العِلْمِ، فإن أخَّرَها مع إمْكَانِها سقَطَتِ الشُّفْعَةُ. قال أحمدُ: الشُّفْعَةُ بالمُوَاثَبَةِ ساعةَ يَعْلَمُ. لِما رُوِىَ عن [3]ابنِ عُمَرَ[3]، رَضِىَ اللَّهُ عنه، قال: قال رسولُ اللَّهِ ﷺ: «الشُّفْعَةُ كحَلِّ العِقالِ». رَواه ابنُ ماجه[4]. ولأنَّ إثْباتَها على التَّراخِى يَضُرُّ بالمُشْتَرِى؛ لكَوْنِه لا يَسْتَقِرُّ مِلْكُه [٢٢٣ظ] على المَبِيعِ، ولا يتَصَرَّفُ فيه بعِمارَةٍ؛ خَوْفًا مِن أخْذِ المَبِيعِ وضَياعِ عَمَلِه. وقال ابنُ حامِدٍ: تتَقَدَّرُ بالمَجْلِسِ وإن طال؛ لأنَّه كلَّه فى حُكْمِ حالَةِ العَقْدِ، بدَلِيلِ صِحَّةِ العَقْدِ بوُجُودِ القَبْضِ لِما يُشْتَرطُ قَبْضُه فيه. وعن أحمدَ أنَّه على التَّراخِى ما لم تُوجَدْ منه دَلالَةٌ على الرِّضا، كقولِه: بِعْنِى. أو: صَالِحْنِى على مالٍ. أو: قاسِمْنِى. لأنَّه حَقٌّ لا ضَرَرَ فى تأْخِيرِه، أشْبَهَ القِصاصَ. والمَذْهَبُ الأوَّلُ. لكنْ إن أخَّرَه لعُذْرٍ، مثلَ أن يعْلَمَ ليْلًا فيُؤَخِّرَه إلى الصَّباحِ، أو

---

(١) بعده فى م: «لا».

(٢) فى س ١، ب: «و».

(٣ - ٣) فى النسخ: «عمر». والتصويب من مصادر التخريج.

(٤) فى: باب طلب الشفعة، من كتاب الشفعة. سنن ابن ماجه ٢/ ٨٣٥.

كما أخرجه ابن عدى، فى: الكامل ٦/ ٢١٨٥، ٢١٨٨. والخطيب، فى: تاريخ بغداد ٦/ ٥٧. والبيهقى، فى: السنن الكبرى. وقال أبو زرعة: هذا حديث منكر. العلل لابن أبى حاتم ١/ ٤٧٩. وقال الحافظ: وإسناده ضعيف جدا. التلخيص الحبير ٣/ ٥٦.

لحاجَةٍ إلى أكْلٍ، أو شُرْبٍ، أو طَهارَةٍ، أو إغْلَاقِ بابٍ، أو خُروجٍ مِن الحَمَّامِ، أو خُـروجٍ لصَلاةٍ أو نحوِ هذا، لم تَبْطُلْ شُفْعَتُه؛ لأنَّ العادَةَ البَداءَةُ بهذه الأشْيَاءِ، إلَّا أن يكونَ حاضِرًا عندَه فيَتْرُكَ المُطالبَةَ، فتَبْطُلَ شُفْعَتُه؛ لأنَّه لا ضَرَرَ عليه فى الطَّلَبِ بها. وإن لَقِيَه الشَّفِيعُ فبَدأَه بالسَّلامِ، لم تَبْطُلْ شُفْعَتُه؛ لأنَّ البَداءَةَ بالسَّلامِ سُنَّةٌ. وكذا[1] إن دَعا له، فقال: بارَكَ اللَّهُ لك فى صَفْقَةِ يَمِينِكَ. لاحْتِمالِ أن يكونَ دَعا له فى صَفْقَتِه؛ لأنَّها أوْصَلَتْه إلى شُفْعَتِه.

وإن أخَّرَ الطَّلَبَ لمَرَضٍ، أو حَبْسٍ، أو غَيْبَةٍ، لم يُمْكِنْه فيه التَّوْكِيلُ ولا الإشْهَادُ، فهو على شُفْعَتِه؛ لأنَّه تَرَكَ[2] لعُذْرٍ. وإن قَدَر على إشْهَادِ مَن تُقْبَلُ شَهادَتُه، فلم يَفْعَلْ، ولم يَسِرْ فى طَلَبِها [3]مِن غيرِ[3] عُذْرٍ، بَطَلَت شُفْعَتُه؛ لأنَّه قد يَتْرُكُ الطَّلَبَ زُهْدًا، أو لعُذْرٍ، فإذا أمْكَنَه تَبْيِينُ ذلك بالإشْهادِ فلم يَفْعَلْ بطَلَتْ شُفْعَتُه؛ كتَرْكِه الطَّلَبَ فى حُضُورِه. وإن لم يُشْهِدْ وسار عَقِيبَ عِلْمِه، ففيه وَجْهان؛ أحدُهما، تَبْطُلُ؛ لأنَّ السَّيْرَ قد يكونُ لطَلَبِها أو لغيرِه، فوَجَبَ بَيانُ ذلك بالإشْهادِ، كما لو لم يَسِرْ. والثانى، لا تَبطُلُ؛ لأنَّ سَيْرَه عَقِيبَ عِلْمِه ظاهِرٌ فى طَلَبِها، فاكْتُفِىَ به، كالذى فى البَلَدِ. وإن أشْهَدَ، ثم أخَّرَ القُدُومَ، لم تَبْطُلْ شُفْعَتُه؛ لأنَّ عليه فى العَجَلَةِ ضرَرًا؛ لانْقِطاعِ حَوائجِه. وقال القاضى: تَبْطُلُ إن ترَكَه مع

---

(١) فى م: «كذلك».

(٢) فى م: «تركه».

(٣ - ٣) فى م: «بغير».

الإمْكانِ . وإن كان له عُذْرٌ ، فقَدَرَ على التَّوْكِيلِ فلم يَفْعَلْ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، تَبْطُلُ شُفْعَتُه ؛ لأنَّه تارِكٌ للطَّلَبِ مع إمْكانِه ، فأَشْبَهَ الحاضِرَ . والثانى ، لا تَبْطُلُ ؛ لأَنَّه إن كان بجُعْلٍ ، ففيه غُرْمٌ ، وإن كان بغيرِه ففيه مِنَّةٌ ، وقد لا يَثِقُ به . وإن أخَّرَ المُطالبَةَ بعدَ قُدومِه وإشْهادِه ، ففيه وَجْهان ؛ بِناءً على تأْخِيرِ السَّيْرِ لطَلَبِها .

فصل : فإن تَرَكَ الطَّلَبَ لعَدَمِ عِلْمِه بالبيعِ ، أو لكونِ المُخْبِرِ لا يُقْبَلُ خَبَرُه ، أو لإظْهارِ المُشْتَرِى أنَّ الثَّمَنَ أكْثَرُ ممَّا هو ، أو أنَّه اشْتَرَى البَعْضَ ، أو اشْتَرَى بغيرِ النَّقْدِ الذى اشْتَرَى به ، أو أنَّه اشْتَراه لغيرِه ، أو أنَّه اشْتَراه لنَفْسِه ، وكان كاذِبًا ، فهو على شُفْعَتِه . ولو عَفا عن الشُّفْعَةِ لذلك ، [٢٢٤و] لم تَسْقُطْ ؛ لأنَّه قد لا يَرْضاه بالثَّمَنِ الذى أظْهَرَه ، أو[1] لا يَقْدِرُ على النَّقْدِ ، وقد يَرْضَى مُشارَكَةَ مَن نُسِبَ إليه البيعُ دُونَ مَن هو له فى الحَقِيقَةِ ، فلم يَكنْ ذلك رِضًا[2] بالبَيْعِ الواقِعِ . وإنْ أظْهَرَ أنَّ الثَّمَنَ قَلِيلٌ فتَرَكَ الشُّفْعَةَ ، وكان كَثِيرًا ، سَقَطَت ؛ لأنَّ مَن لا يَرْضَى بالقليلِ لا يَرْضَى بأكْثَرَ منه . فإنِ ادَّعَى أنَّه لم يُصَدِّقِ المُخْبِرَ ، وهو ممَّن يُقْبَلُ خَبَرُه الدِّينىُّ ، سَقَطَت شُفْعَتُه ، رَجُلًا كان أو امْرَأةً ، إذا كان يَعْرِفُ حالَه ؛ لأنَّ هذا مِن بابِ الإخْبارِ ، وقد أخْبَرَه مَن يجِبُ تَصْدِيقُه ، وإن لم يكنِ المُخْبِرُ كذلك ، فالقولُ قولُه .

---

(١) فى م : « ولأنه » .

(٢) بعده فى م : « منه » .

فصل: وإن باع الشَّفِيعُ حِصَّتَه عالِمًا بالبَيْعِ، بَطَلَت شُفْعَتُه؛ لأنَّها ثَبَتَت لإزالَةِ ضَرَرِ الشَّرِكَةِ، وقد زال بِبَيْعِه. وإن باع قبلَ العِلْمِ، فكذلك عندَ القاضى؛ لذلك، ولأنَّه لم يَبْقَ له مِلْكٌ يَسْتَحِقُّ به. وقال أبو الخَطَّابِ: لا تَسْقُطُ؛ لأنَّها ثَبَتَتْ بوُجُودِ مِلْكِه حينَ البيعِ، وبَيْعُه قبلَ العِلْمِ لا يدُلُّ على الرِّضَا، فلا تَسقُطُ. وله أن يأْخُذَ الشِّقْصَ المَبيعَ[1] مِن مُشْتَرِيه، ولمُشْتَرِيه أن يأْخُذَ الشِّقْصَ الذى باعَه الشَّفِيعُ مِن مُشْتَرِيه؛ لأنَّه كان مالِكًا حينَ البَيْعِ الثانى مِلْكًا صحيحًا، فثَبَتَتْ له الشُّفْعَةُ. وعلى قولِ القاضى، للمُشْتَرِى الأَوَّلِ أخْذُ الشِّقْصِ مِن المُشْتَرِى الثانى. وإن باع الشَّفِيعُ البَعْضَ، احْتَمَلَ سُقُوطَ الشُّفْعَةِ؛ لأنَّها اسْتُحِقَّتْ بجَمِيعِه، وقد ذَهَب بعْضُه، فسَقَطَ الكلُّ. ويَحْتَمِلُ أن لا تَسْقُطَ؛ لأنَّه قد بَقِىَ مِن نَصِيبِه ما يَسْتَحِقُّ به الشُّفْعَةَ فى جميعِ المَبِيعِ.

فصل: الشَّرْطُ السادِسُ، أن يأْخُذَ جميعَ المَبِيعِ، فإنْ عَفَا عن البَعْضِ، أو لم يَطْلُبْه، سَقَطَت شُفْعَتُه؛ لأنَّ فى أخْذِ البَعْضِ تَفْرِيقًا لصَفْقَةِ المُشْتَرِى، وفيه إضْرَارٌ به، وإنَّما تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ على وَجْهٍ يرْجِعُ المُشْتَرِى بمَالِه مِن غيرِ ضَرَرٍ به، فمتَى سقَطَ بعضُها، سقَطَتْ كلُّها، كالقِصَاصِ. وإن كان المَبِيعُ شِقْصَيْن مِن أرْضَيْن، فله أخْذُ أحدِهما؛ لأنَّه يَسْتَحِقُّ كلَّ واحدٍ منهما بسَبَبٍ غيرِ الآخَرِ، فجَرَى مَجْرَى الشَّرِيكَيْن. ويَحْتَمِلُ أن لا يَمْلِكَ ذلك؛ لأنَّ فيه تَفْرِيقَ صَفْقَةِ المُشْتَرِى، أَشْبَهَ الأرْضَ الواحِدَةَ. وإن كان

---

(١) فى م: «الذى باعه الشفيع».

(٢) فى م: «فيسقط».

البائعُ أو المُشْتَرِى اثْنَيْن ، مِن أرْضٍ أو أرْضَيْن ، فله أخْذُ نَصِيبِ أحَدِهما ؛ لأنَّه متى كان فى أحَدِ طَرَفَيِ الصَّفْقَةِ اثْنان ، فهما عَقْدان ، فكان له الأخْذُ بأحَدِهما ، كما لو كانا مُتَفَرِّقَيْن .

فصل : فإن كان للشِّقْصِ شُفَعاءُ ، فالشُّفْعَةُ بَيْنَهم على قَدْرِ حِصَصِهم فى المِلْكِ ، فى ظاهِرِ المَذْهَبِ ؛ لأنَّه حَقٌّ يُسْتَحَقُّ بسبَبِ المِلْكِ ، فيُقَسَّطُ على قَدْرِه ، كالأُجْرَةِ والثَّمَرَةِ . وعنه ، أنَّها بَيْنَهم بالسَّوِيَّةِ . اخْتارَها ابنُ عَقِيلٍ ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهم يأْخُذُ الكلَّ لو انْفَرَدَ ، فإذا اجْتَمعُوا تَساوَوْا ، كسِرايَةِ العِتْقِ . [٢٢٤ظ] فإن عَفَا بعضُهم ، تَوَفَّرَ نَصِيبُه على شُرَكائِه ، وليس لهم أخْذُ البَعْضِ ؛ لأنَّ فيه تَفْرِيقَ صَفْقَةِ المُشْتَرِى . وإن جَعَل بعضُهم حِصَّتَه لبَعْضِ شُرَكائِه ، أو لأجْنَبِيٍّ ، لم يَصِحَّ ، وكانَت لجميعِهم ؛ لأنَّه عَفْوٌ وليس بهِبَةٍ . وإن حَضَر بعضُ الشُّرَكاءِ وحدَه ، فليس (1) له إلَّا أخْذُ الجميعِ (1) ؛ لِئَلَّا تَتَبَعَّضَ صَفْقَةُ المُشْتَرِى . فإن تَرَكَ الطَّلَبَ انْتِظارًا لشُرَكائِه ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، تَسْقُطُ شُفْعَتُه ؛ لتَرْكِه طَلَبَها مع إمْكانِه . والثانى ، لا تَسْقُطُ ؛ لأنَّ له عُذْرًا ، وهو الضَّرَرُ الذى يَلْزَمُه بأخْذِ صاحِبَيْه منه . فإن أخَذ الجميعَ ، ثم حَضَر الثانى ، قاسَمَه ، فإذا حَضَر الثالثُ ، قاسَمَهما ، وما حدَثَ مِن النَّماءِ المُنْفَصِلِ فى يَدِ الأوَّلِ ، فهو له ؛ لأنَّه حَدَث فى مِلْكِه . وإن أرادَ الثانى الاقْتِصارَ على قَدْرِ حَقِّه ، فله ذلك ؛ لأنَّه لا تتبَعَّضُ الصَّفْقَةُ على المُشْتَرِى ، إنَّما هو تارِكٌ بعضَ حَقِّه لشَرِيكِه ، فإذا قَدِم الثالِثُ ، فله أن يأْخُذَ ثُلُثَ ما فى يَدِ الثانِى ، وهو التُّسْعُ ، فيَضُمَّه إلى ما فى يَدِ الأوَّلِ ،

(1 - 1) فى م : « الأخذ للجميع » .

وهو الثُّلُثانِ ، تَصِيرُ سَبْعَةَ أتْساعٍ ، يَقْتَسِمانِها نِصْفَيْن ؛ لكلِّ واحدٍ منهما ثُلُثٌ[1] ونِصْفُ تُسْعٍ ، وللثانى تُسْعانِ . ولو وَرِث اثْنَان دارًا ، فمات أحدُهما عن ابْنَيْنِ[2] ، فَباعَ أحدُهما نَصِيبَه ، فالشُّفْعَةُ بينَ أَخِيه وعَمِّه ؛ لأنَّهما شَرِيكَان للبائعِ ، فاشْتَرَكا فى شُفْعَتِه ، كما لو مَلَكا بسَبَبٍ واحِدٍ .

فصل : وإن كان المُشْتَرِى شَرِيكًا ، فالشُّفْعَةُ بينَه وبينَ الشَّرِيكِ الآخَرِ ؛ لأنَّهما تَساوَيا فى الشَّرِكَةِ ، فتَساويا فى الشُّفْعَةِ ، كما لو كان الشَّرِيكُ أجْنَبِيًّا ، فإن أسْقَطَ المُشْتَرِى شُفْعَتَه لِيُلْزِمَ شريكَه أخْذَ الكلِّ ، لم يَمْلِكْ ذلك ؛ لأنَّ مِلْكَه اسْتَقَرَّ على قَدْرِ حَقِّه ، فلم يَسْقُطْ بإسْقاطِه .

وإن كان المَبِيعُ شِقْصًا وسَيْفًا صَفْقَةً واحدَةً ، فللشَّفِيعِ أخْذُ الشِّقْصِ بحِصَّتِه مِن الثَّمَنِ . نَصَّ عليه . ويَحْتَمِلُ أن لا يَجُوزَ ؛ لِئَلَّا تتَشَقَّصَ صَفْقَةُ المُشْتَرِى . والصَّحِيحُ الأوَّلُ ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ أضَرَّ بنَفْسِه حيث جَمَع فى العَقْدَيْنِ[3]بينَ ما[3] فيه شُفْعَةٌ وما لا شُفْعَةَ فيه .

فصل : الشَّرْطُ السابعُ ، أن يكونَ الشَّفِيعُ قادِرًا على الثَّمَنِ ؛ لأنَّ أخْذَ المَبِيعِ مِن غيرِ دَفْعِ الثَّمَنِ إضْرارٌ بالمُشْتَرِى . وإن عَرَض رَهْنًا ، أو ضَمِينًا ، أو عِوَضًا عن الثَّمَنِ ، لم يَلْزَمْه قَبُولُه ؛ لأنَّ فى تأْخِيرِ الحقِّ ضررًا ، وإن أخَذ بالشُّفْعَةِ ، لم يَلْزَمْ تَسْلِيمُ الشِّقْصِ حتى يتَسَلَّمَ الثَّمَنَ . فإن تعَذَّرَ تَسْلِيمُه ، فقال أحمدُ : يَصْبِرُ يَوْمًا ، أو يوْمَيْن ، أو بقَدْرِ ما يَرَى الحاكِمُ ، فأمَّا أكْثَر

---

(١) فى م : « ثلاث أتساع » .

(٢) فى ف : « اثنين » .

(٣ - ٣) فى م : « فيما » .

فلا. فعلى هذا، إن أحْضَرَ الثَّمَنَ، وإلَّا فَسَخ الحاكِمُ الأَخْذَ، ورَدَّه إلى المُشْتَرِى، فإن أفْلَسَ بعدَ الأَخْذِ، خُيِّرَ المُشْتَرِى بينَ الشِّقْصِ وبينَ أن يَضْرِبَ [٢٢٥و] مع الغُرَماءِ بثَمَنِه[١]، كالبائعِ المُخْتارِ[٢].

فصل: ويأْخُذُ بالثَّمَنِ الذى اسْتقرَّ العَقْدُ عليه؛ لقَوْلِ النبىِّ ﷺ فى حَديثِ جابرٍ: «فَهُوَ أحَقُّ بِه بالثَّمَنِ». رَواه أبو إسْحاقَ الجُوزْجانِىُّ[٣]. ولأنَّه اسْتَحَقَّه بالبَيْعِ، فكان عليه الثَّمَنُ، كالمُشْتَرِى. فإن كان الثَّمَنُ مثليًّا؛ كالأَثْمانِ، والحُبُوبِ، والأَدْهانِ، وَجَب مثلُه، وإن كان غيرَ ذلك، وَجَب قِيمَتُه؛ لِما ذكَرْنا فى الغَصْبِ. وتُعْتَبرُ قِيمَتُه حينَ وُجُوبِ الشُّفْعَةِ، كما يأْخُذُ الثَّمَنَ الذى وَجَب بالشُّفْعَةِ. فإن حُطَّ بعضُ الثَّمَنِ عن المُشْتَرِى، أو زِيدَ عليه فى مُدَّةِ الخيارِ، لَحِقَ العَقْدَ، ويأْخُذُه الشَّفِيعُ بما اسْتَقَرَّ عليه العَقْدُ؛ لأنَّ زَمَنَ الخِيارِ كحالَةِ العَقْدِ. وما وُجِد بعدَ ذلك مِن حَطٍّ أو زِيادَةٍ، لم تَلْزَمْ فى حقِّ الشَّفِيعِ؛ لأنَّه ابْتِداءُ هِبَةٍ، فأَشْبَهَ غيرَه مِن الهِباتِ.

وإن كان الثَّمَنُ مُؤَجَّلًا، أخَذ به الشَّفِيعُ إنْ كان مَلِيًّا، وإلَّا أقامَ ضَمِينًا مَلِيًّا وأخَذَ به؛ لأنَّه تابِعٌ للمُشْتَرِى فى قَدْرِ الثَّمَنِ وصِفَتِه، والتَّأْجِيلُ مِن صِفَتِه. وإن كان الثَّمَنُ عَبْدًا، فأخَذَ الشَّفِيعُ بقِيمَتِه، ثم وَجَد به البائعُ عَيْبًا

---

(١) سقط من: م.

(٢) فى س ٢: «يكتسب مختار».

(٣) وأخرجه الإمام أحمد، فى: المسند ٣/ ٣١٠، ٣٨٢. وضعفه فى: الإرواء ٥/ ٣٧٤.

فأَخَذَ أَرْشَه ، وكانَ الشَّفِيعُ أخَذ بقِيمَتِه سَلِيمًا ، لم يَرْجِعْ عليه بشىءٍ ؛ لأَنَّ الأَرْشَ دَخَل فى القِيمَةِ . وإن أخَذ بقِيمَتِه مَعِيبًا ، رَجَع عليه بالأَرْشِ الذى أخَذَه البائعُ مِن المُشْتَرِى ؛ لأَنَّ البَيْعَ اسْتَقَرَّ (١ بعبدٍ سَليمٍ ١) . وإن رَدَّ البائعُ العَبْدَ قبلَ أخْذِ الشَّفِيعِ ، انْفَسَخَ العَقْدُ، ولا شُفْعَةَ ؛ لزَوالِ السَّبَبِ قبلَ الأَخْذِ ، ولأَنَّ فى الأَخْذِ بالشُّفْعَةِ إسْقاطَ حقِّ البائعِ مِن اسْتِرْجاعِ المَبِيعِ ، وفيه ضَرَرٌ ، ولا يُزالُ الضَّرَرُ بالضَّرَرِ . وإن رَدَّه بعدَ أخْذِ الشَّفِيعِ ، رَجَع بقِيمَةِ الشِّقْصِ ، وقد[٢] أخَذَه الشَّفِيعُ بقِيمَةِ العَبْدِ ، فإن كانَتا مُخْتَلِفَتَيْن ، رَجَع صاحِبُ الأَكْثَرِ على الآخَرِ بتَمامِ القِيمَةِ ؛ لأَنَّ الشَّفِيعَ يأْخُذُ بما اسْتَقَرَّ عليه العَقْدُ ، والذى اسْتَقَرَّ عليه العَقْدُ قِيمَةُ الشِّقْصِ .

وإن أصْدَقَ امْرَأَةً شِقْصًا ، وقُلْنا : تجِبُ الشُّفْعَةُ فيه . فطَلَّقَ الزَّوْجُ قبلَ الدُّخولِ والأَخْذِ بالشُّفْعَةِ ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدُهما ، لا شُفْعَةَ ؛ لِما ذكَرْنا . والثانى ، يُقَدَّمُ حقُّ الشَّفيعِ ؛ لأَنَّ حقَّه أسْبَقُ ؛ لأنَّه ثَبَتَ بالعَقْدِ[٣] ، وحَقُّ الزَّوْجِ بالطَّلاقِ ، بخِلافِ البائعِ ، فإنَّ حقَّه ثَبَت بالعَيْبِ القَدِيمِ .

فصل : فإنِ اخْتَلَفَ الشَّفِيعُ والمُشْتَرِى فى قَدْرِ الثَّمَنِ ، فالقولُ قولُ المُشْتَرِى مع يَمِينِه ؛ لأنَّه العاقِدُ ، فهو أعْلَمُ بالثَّمَنِ . ولأَنَّ المَبِيعَ مِلْكُه ، فلا يُنْزَعُ منه بدَعْوَى مُخْتَلَفٍ فيها إلَّا ببَيِّنَةٍ . وإن قال المُشْتَرِى : لا أعْلَمُ قَدْرَ الثَّمَنِ . فالقولُ قولُه ؛ لأنَّه أعْلَمُ بنَفْسِه ، فإذا حَلَف ، سَقَطَتِ الشُّفْعَةُ ؛ لأنَّه

(١ - ١) فى ف : « بعقد سليم » ، وفى م : « بعد تسليمه » .

(٢) فى م : « إن » .

(٣) فى س ٢: « بالبيع » .

لا يُمْكِنُ الأَخْذُ بغيرِ ثَمَنٍ ، ولا يُمْكِنُ أن يدْفَعَ إليه ما لا يدَّعِيه ، إلَّا أن يفْعَلَ ذلك تَحَيُّلًا على إسْقاطِها ، فلا تَسْقُطُ ، ويُؤْخَذُ الشِّقْصُ بقِيمَتِه ؛ لأَنَّ الغالِبَ بَيْعُه بقِيمَتِه . وإنِ ادَّعَى عليه أَنَّكَ فعَلْتَه تَحَيُّلًا ، [٢٢٥ظ] فأنْكَرَ ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ؛ لأَنَّه مُنْكِرٌ . وإن كان الثَّمَنُ عَرْضًا ، فاخْتَلفا فى قِيمَتِه ، رُجِع إلى أهْلِ الخِبْرَةِ إن كان مَوْجُودًا ، وإن كان مَعْدُومًا ، فالقَوْلُ قولُ المُشْتَرِى فى قِيمَتِه . وإنِ اختلَفا فى الغِراسِ والبِناءِ فى الشِّقْصِ ، فقالَ المُشْتَرِى : أَنا أحْدَثْتُه . وقال الشَّفِيعُ : كان قَدِيمًا . فالقولُ قولُ المُشْتَرِى مع يَمِينِه . ولو قال : اشْتَرَيْتَ نَصِيبَكَ فلِى فيه الشُّفْعَةُ . وأنْكَرَ ذلك ، فقال : بلِ اتَّهَبْتُه . أو : وَرِثْتُه . فالقولُ قولُه مع يَمِينِه .

فصل : فإنِ ادَّعَى عليه الشِّراءَ ، فقال : اشْتَرَيْتُه لفُلانٍ . سُئِلَ المُقَرُّ له ؛ فإن صدَّقَه فهو له ، وإن كَذَّبَه فهو للمُشْتَرِى ، ويُؤْخَذُ بالشُّفْعَةِ فى الحالَيْنِ . وإن كان المُقَرُّ له غائبًا ، أخذَه الشَّفِيعُ بإذْنِ الحاكمِ ، والغائبُ على حُجَّتِه إذا قَدِم ؛ لأَنَّنا لو وَقَفْنا الأَمْرَ إلى حُضُورِ المُقَرِّ له ، كان ذلك إسْقاطًا للشُّفْعَةِ ؛ لأَنَّ كلَّ مُشْترٍ يَدَّعِى أنَّه لغائبٍ . وإن قال : اشْتَرَيْتُه لابْنِى الطِّفْلِ . فهو كالغائبِ فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ . وفى الآخَرِ ، لا تَجِبُ الشُّفْعَةُ ؛ لأَنَّ المِلْكَ ثَبَت للطِّفْلِ ، ولا يَثْبُتُ فى مالِه حَقٌّ بإقْرارِ وَلِيِّه عليه . فأمَّا إنِ ادَّعَى عليه الشُّفْعَةَ فى شِقْصٍ ، فقال : هذا لفُلانٍ الغائبِ . أو : الطِّفْلِ . فلا شُفْعَةَ فيه ؛ لأَنَّه قد ثَبَت لهما ، فإقْرارُه (١) بعدَ ذلك (١) إقْرارٌ على غيرِه ، فلا يُقْبَلُ .

(١ - ١) فى م : « بذلك » .

فصل : إذا اخْتَلَفَ البائعُ والمُشْتَرِى ، فقال البائعُ : الثَّمَنُ أَلْفان . وقال المُشْتَرِى : هو أَلْفٌ . فأقامَ البائعُ بَيِّنَةً بدَعْواه ، ثَبَتَت ، وللشَّفِيعِ أخْذُه بأَلْفٍ ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ يُقِرُّ أنَّه لا يَسْتَحِقُّ أكْثَرَ منها ، وأنَّ البائِعَ ظَلَمَه ، فلا يَرْجِعُ بما ظَلَمَه على غيرِه . فإن قال المُشْتَرِى : غَلِطْتُ ، والثَّمَنُ أَلْفان . لم يُقْبَلْ ؛ لأنَّه رُجُوعٌ عن إقْرارِه ، فلا يُقْبَلُ ، كما لو أقَرَّ لأجْنَبِىٍّ . وإن لم يكنْ بَيِّنَةٌ ، تَحالَفا ، وليس للشَّفِيعِ أخْذُه بما حَلَف عليه المُشْتَرِى ؛ لأنَّ فيه إلْزامًا للعَقْدِ فى حَقِّ البائعِ ، بخِلَافِ ما حَلَف عليه . فإن بَذَل ما حَلَف عليه البائعُ ، فله الأَخْذُ ؛ لأنَّ البائعَ مُقِرٌّ له بأنَّه[1] يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ به ، ولا[2] ضَرَرَ على المُشْتَرِى فيه .

فصل : وإن أقَرَّ البائعُ بالبَيْعِ ، وأنْكَرَه المُشْتَرِى ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ ؛ لأنَّ الشِّراءَ لم يَثْبُتْ ، فلا تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ التابِعَةُ له ، ولأنَّ البائعَ إن أقَرَّ بقَبْضِ الثَّمَنِ ، لم يُمْكِنِ الشَّفِيعَ دَفْعُه إلى أحَدٍ ؛ لأنَّه لا مُدَّعِىَ له ، ولا يُمْكِنُ الأخْذُ بغيرِ ثَمَنٍ . وإنْ لم يُقِرَّ البائعُ بقَبْضِه ، فعلى مَن يَرْجِعُ الشَّفِيعُ بالعُهْدَةِ . والثانى ، تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ ؛ لأنَّ البائعَ مُقِرٌّ بحَقٍّ للمُشْتَرِى والشَّفِيعِ ، فإذا لم يَقْبَلِ المُشْتَرِى ، قَبِلَ الشَّفِيعُ ، وثَبَت حقُّه ، ويأْخُذُ الشِّقْصَ مِن البائعِ ، ويَدْفَعُ إليه الثَّمَنَ إن[3] لم يَكُنْ أقَرَّ بقَبْضِه ، والعُهْدَةُ عليه ؛ لأنَّ الأخْذَ منه . وإن أقَرَّ بقَبْضِ الثَّمَنِ ، عرَضْناه على

---

(١) فى م : « بما » .

(٢) فى س ٢ : « لأنه » .

(٣) فى م : « وإن » .

المُشْتَرِى ، فإن قَبِلَه دُفِعَ إليه ، وإلَّا أُقِرَّ فى يَدِ الشَّفِيعِ فى أحَدِ [٢٢٦و] الوُجُوهِ . وفى الآخرِ ، يُؤْخَذُ إلى بَيْتِ المالِ . والثالِث ، يقالُ له : إمَّا أن تَقْبِضَ ، وإمَّا أنْ تُبْرِئَ . وأصْلُ هذا إذا أقَرَّ بمالٍ فى يَدِه لرَجُلٍ ، فلم يَعْتَرِفْ به .

فصل : وإذا تَصَرَّفَ المُشْتَرِى فى الشِّقْصِ قبلَ أخْذِ الشَّفِيعِ ، لم يَخْلُ مِن خَمْسَةِ أَضْرُبٍ ؛ أحدُها ، تَصَرَّفَ بالبَيْعِ وما تُسْتَحَقُّ به الشُّفْعَةُ ، فللشَّفِيعِ الخِيارُ بينَ أن يأْخُذَ بالعَقْدِ الثانى ، وبينَ فَسْخِه ويأْخُذُ بالعَقْدِ الأوَّلِ ؛ لأنَّه شَفِيعٌ فى العَقْدَيْن ، فمَلَكَ الأخْذَ بما شاء منهما ، فإن أخَذَه بالثانى ، دَفَع إلى المُشْتَرِى الثانِى مثلَ ثَمَنِه ، وإن أخَذَه بالأوَّلِ ، دَفَع إلى المُشْتَرِى الأوَّلِ مثلَ الذى اشْتَرَى به ، وأخَذ الشِّقْصَ ، ويَرْجِعُ الثانى على الأوَّلِ بما أعْطاه ثَمَنًا ، وإن كان ثَمَّ ثالِثٌ ، رَجَع الثالثُ على الثانى .

الثانى ، تَصَرَّفَ بردٍّ أو إقالَةٍ ، فللشَّفِيعِ فَسْخُ الإقالَةِ والرَّدِّ ، ويأْخُذُ الشِّقْصَ ؛ لأنَّ حقَّه أسْبَقُ منهما ، ولا يُمْكِنُه الأخْذُ معهما .

الثالثُ ، وَهَبَه ، أو وَقَفَه ، أو رَهَنَه ، أو أجَرَه ، ونحوه ، فعن أحمدَ ، تَسْقُطُ الشُّفْعَةُ ؛ لأنَّ فى الأخْذِ بها إسْقَاطَ حَقِّ المَوْهُوبِ له[١] ، و[٢]المَوْقُوفِ عليه بالكُلِّيَّةِ ، وفيه ضَرَرٌ ، بخِلافِ البَيْعِ ؛ لأنَّه يُوجِبُ رَدَّ العِوَضِ إلى غيرِ المالِكِ ، وحِرْمانَ المالِكِ . وقال أبو بكرٍ : تَجِبُ الشُّفْعَةُ ؛ لأنَّ حَقَّ الشَّفِيعِ

---

(١) زيادة من : م .

(٢) فى م : «أو» .

أسْبَقُ ، فلا يَمْلِكُ المُشْتَرِى التَّصَرُّفَ بما يُسْقِطُ حَقَّه ، ولأنَّه مَلَك فَسْخَ البَيْعِ مع إمْكانِ الأخْذِ به ، فَلأنْ يَمْلِكَ فَسْخَ عَقْدٍ لا يُمْكِنُه الأَخْذُ به أَوْلَى . فعلى هذا ، تُفْسَخُ هذه العُقُودُ ، ويأْخُذُ الشِّقْصَ ، ويَدْفَعُ الثَّمَنَ إلى المُشْتَرِى .

الرابعُ ، بَنَى أو غَرَس ، ويُتَصَوَّرُ ذلك بأن يَكُونَ الشَّفِيعُ غائبًا ، فقاسَمَ المُشْتَرِى وَكِيلَه فى القِسْمَةِ ، أو رفعَ الأَمْرَ إلى الحاكمِ فقَاسمَه ، أو أظْهَرَ ثَمَنًا كثيرًا ، أو نحوه ، فترَكَ الشَّفِيعُ الشُّفْعَةَ وقاسَمَه ، فبَنَى وغَرَس ، ثم أخَذ الشَّفِيعُ بالشُّفْعَةِ ، فإنِ اخْتارَ المُشْتَرِى أخْذَ بنائِه وغِراسِه ، لم يُمْنَعْ منه ؛ لأنَّه مِلْكُه ، فمَلَك نَقْلَه ، ولا يَلْزَمُه تَسْوِيَةُ الحُفَرِ ، ولا ضَمانُ النَّقْصِ ؛ لأنَّه غيرُ مُتَعَدٍّ . ويَحْتَمِلُ كلامُ الخِرَقِيِّ أن يلْزَمَه تَسْوِيَةُ الحُفَرِ ؛ لأنَّه فعَلَه فى مِلْكِ غيرِه لتَخْلِيصِ مِلْكِه ، فأَشْبَهَ ما لو كَسَر مِحْبَرَةَ إنْسانٍ لتَخْلِيصِ دِينَارِه منها . وإن لم يَقْلَعْه ، فللشَّفِيعِ الخِيارُ بينَ أن يدْفَعَ إليه قِيمَةَ الغِراسِ والبِناءِ فيَمْلِكَه ، وبينَ أن يَقْلَعَه ويَضْمَنَ نَقْصَه ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ قال : « لَا ضَرَرَ ولَا ضِرَارَ[(1)] » . [(2)]مِن « المسندِ » ، ورواه[(2)] ابنُ ماجه . ولا يَزُولُ الضَّرَرُ عنهما إلَّا بذلك .

الخامِسُ ، زَرَع الأَرْضَ ، فالزَّرْعُ مُبْقًى[(3)] لصاحبِه حتى يُسْتَحْصَدَ ؛ لأنَّه زَرَعَه بحَقٍّ ، فوَجَبَ إبْقاؤُه له ، كما لو باع الأرْضَ المَزْرُوعَةَ .

---

(1) فى س ١، س ٢، ف ، ب : « إضرار » .

(٢ - ٢) فى م : « رواه أحمد و » .

والحديث تقدم تخريجه فى صفحة ٢٥٢ .

(3) فى م : « يبقى » .

فصل : وإن نَمَا المَبِيعُ نَماءً مُتَّصِلًا ؛ كغِراسٍ كَبِرَ ، وطَلْعٍ زادَ قبلَ التَّأْبِيرِ ، أخَذَه الشَّفِيعُ بزِيادَتِه ؛ لأَنَّها تَتْبَعُ الأَصْلَ فى المِلْكِ كما تَتْبَعُه فى الرَّدِّ . وإن كان نَماءً مُنْفَصِلًا ؛ كالغَلَّةِ ، والطَّلْعِ المُؤَبَّرِ ، والثَّمَرَةِ الظاهِرَةِ ، فهى للمُشْتَرِى ؛ لأَنَّها حدَثَتْ فى مِلْكِه ، وليست تابِعَةً للأَصْلِ ، وتكونُ مُبْقَاةً إلى أوانِ الجذاذِ ؛ [٢٢٦ظ] لأَنَّ أخْذَ الشَّفِيعِ شِراءٌ ثانٍ . فإن كان المُشْتَرِى اشْتَرَى الأَصْلَ والثَّمَرَةَ الظَّاهِرَةَ[١] معًا ، أخَذَ الشَّفِيعُ الأَصْلَ بحِصَّتِه مِن الثَّمَنِ ، كالشِّقْصِ والسَّيْفِ .

فصل : وإن تَلِف بعضُ[٢] المَبِيعِ ، فهو مِن ضَمانِ المُشْتَرِى ؛ لأَنَّه مِلْكُه تَلِف فى يَدِه ، وللشَّفِيعِ أن يأْخُذَ الباقِىَ بحِصَّتِه مِن الثَّمَنِ ، ويأْخُذَ أنْقاضَه ؛ لأَنَّه تعذَّرَ أخْذُ البَعْضِ ، فجاز أخْذُ الباقِى ، كما لو أتْلَفَه آدَمِىٌّ . وقال ابنُ حامِدٍ : إنْ تَلِف بفِعْلِ اللَّهِ تعالى ، لم يَمْلِكِ الشَّفِيعُ أخْذَ الباقِى إلَّا بكلِّ الثَّمَنِ ، أو يَتْرُكُ ؛ لأَنَّ فى أخْذِه بالبَعْضِ إضْرارًا بالمُشْتَرِى ، فلم يَمْلِكْهُ ، كما لو أخَذ البَعْضَ مع بَقاءِ الجميعِ .

فصل : ويَمْلِكُ الشَّفِيعُ الأَخْذَ بغيرِ حاكمٍ ؛ لأَنَّه حَقٌّ ثَبَت بالإجْماعِ ، فلم يَفْتَقِرْ إلى الحُكْمِ[٣] ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ ، ويأْخُذُه مِن المُشْتَرِى ، فإن كان فى يَدِ البائعِ ، فامْتنَعَ المُشْتَرِى مِن قَبْضِه ، أخَذَه مِن البائعِ ؛ لأَنَّه يَمْلِكُ أخْذَه ، فمَلَكَه ، كما لو كان فى يَدِ المُشْتَرِى . وقال القاضى : يُجْبَرُ المُشْتَرِى على

---

(١) سقط من : م .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فى م : « الحاكم » .

القَبْضِ، ثم يأْخُذُه الشَّفِيعُ؛ لأنَّ أخْذَه مِن البائعِ يَفُوتُ به التَّسْلِيمُ المُسْتَحَقُّ، ولا يَثْبُتُ للمُشْتَرِى خِيارٌ؛ لأَنَّه يُؤْخَذُ منه قَهْرًا، ولا للشَّفِيعِ بعدَ التَّمَلُّكِ؛ لأنَّه يأْخُذُه قَهْرًا، وذلك يُنافِى الاخْتِيارَ. ويَمْلِكُ الرَّدَّ بالعَيْبِ؛ لأنَّه مُشْتَرٍ ثانٍ، فمَلَكَ ذلك كالأَوَّلِ. وإن خَرَج مُسْتَحَقًّا، رَجَع بالعُهْدَةِ على المُشْتَرِى؛ لأنَّه أخَذَه منه على أنَّه مِلْكُه، فرَجَعَ عليه، كما لو اشْتَراه منه، ويَرْجِعُ المُشْتَرِى على البائعِ.

فصل: وإذا أَذِن الشَّرِيكُ فى البيعِ، لم تَسْقُطْ شُفْعَتُه؛ لأنَّه إسْقاطُ حَقٍّ قبلَ وُجُوبِه، فلم يَصِحَّ، كما لو أبْرَأَه ممَّا يجبُ له. وعن أحمدَ أنَّه قال: ما هو بِبَعِيدٍ أن لا تكونَ له شُفْعَةٌ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ: «لا يَحِلُّ له أن يَبِيعَ حَتَّى يَسْتَأْذِنَ[1] شَرِيكَهُ، فإن باع ولم يُؤْذِنْه، فَهُوَ أحَقُّ بِهِ». رَواه مسلمٌ[2]. يُفْهَمُ منه أنَّه إذا باعَه بإذْنِه لا حَقَّ له. وإن دَلَّ فى البَيْعِ، أو تَوَكَّلَ، أو ضَمِن العُهْدَةَ، أو جَعَل له الخِيارَ، فاخْتارَ إمْضاءَ البَيْعِ، فهو على شُفْعَتِه.

فصل: إذا كان فى البَيْعِ[3] مُحاباةٌ، أخَذ الشَّفِيعُ بها؛ لأنَّه بَيْعٌ صحيحٌ، فلا يَمْنَعُ الشُّفْعَةَ فيه كَوْنُه مُسْتَرْخَصًا. وإن كان البائعُ مَرِيضًا، والمُحاباةُ لأَجْنَبِىٍّ فيما دُونَ الثُّلُثِ، أخَذ الشَّفِيعُ بها؛ لأنَّها صَحِيحَةٌ نافِذَةٌ، وسَواءٌ كان الشَّفِيعُ وارِثًا أو لم يكنْ؛ لأَنَّ المُحاباةَ إنَّما وقَعت للأَجْنَبِىِّ،

---

(١) فى م: «يؤذن».

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٢٧.

(٣) فى ف: «المبيع».

فأَشْبَهَ ما لو وَصَّى لغَرِيمِ وارِثِه . ويَحْتَمِلُ أن لا يَمْلِكَ الوارِثُ الشُّفْعَةَ هٰهُنا ؛ لإفْضائِه إلى جَعْلِ سبيلٍ للإنْسانِ إلى إثْباتِ حَقٍّ لوارِثِه فى المُحاباةِ . وإن كانت مُحاباةُ المَرِيضِ لوارِثِه ، أو لأَجْنَبِيٍّ بزِيادةٍ على الثُّلُثِ ، [1]بَطَلَت كلُّها فى حقِّ الوارِثِ ، والزِّيادَةُ عن[2] الثُّلُثِ[1] فى حقِّ الأَجْنَبِيِّ ، وصَحَّ البيعُ فى الباقى ، وثَبَت للمُشْتَرِى الخِيارُ لتَفْرِيقِ صَفْقَتِه ، وللشَّفِيعِ الأَخْذُ على ذلك الوَجْهِ .

فصل : إذا مات [٢٢٧و] الشَّفِيعُ قبلَ الطَّلَبِ ، بَطَلَت شُفْعَتُه . نَصَّ عليه ؛ لأَنَّه حَقُّ فَسْخٍ[3] لا لفَواتِ جُزْءٍ ، فلم يُورَثْ ، كرُجُوعِ الأبِ فى هِبَتِه . ويَتَخَرَّجُ أن يُورَثَ ؛ لأَنَّه خِيارٌ ثَبَت لدَفْعِ الضَّرَرِ عن المالِ ، فيُورَثُ ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ . فإن مات بعدَ الطَّلَبِ ، لم تَسْقُطْ ؛ لأَنَّها تَقَرَّرَت بالطَّلَبِ ، بحيثُ لم تَسْقُطْ بتَأْخِيرِه ، بخِلافِ ما قبلَه . فإن تَرَكَ[4] بعضُ الورَثَةِ حقَّه ، توَفَّرَ على شُرَكائِه فى المِيراثِ ، كالشُّفَعاءِ فى الأصْلِ .

فصل : وإن كان بعضُ العَقارِ وَقْفًا وبعضُه طِلْقًا ، فَبِيعَ الطِّلْقُ ، فذَكَرَ القاضى أنَّه لا شُفْعَةَ لصاحِبِ الوَقْفِ ؛ لأَنَّ مِلْكَه غيرُ تامٍّ ، فلا يَسْتَفِيدُ به مِلْكًا تامًّا . وقال أبو الخَطّابِ : هذا يَنْبَنِى على الرِّوايَتَيْن فى مِلْكِ الوَقْفِ ؛ إن قُلْنا : هو مَمْلُوكٌ . فلصَاحِبِه الشُّفْعَةُ ؛ لأَنَّه يلْحَقُه الضَّرَرُ مِن جِهَةِ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) فى ف ، م : « على » .

(٣) بعده فى الأصل : « له » .

(٤) سقط من : الأصل .

الشَّرِيكِ ، فأَشْبَهَ الطَّلْقَ . وإن قُلْنا : ليس بمَمْلُوكٍ . فلا شُفْعَةَ له ؛ لعدَمِ مِلْكِه .

فصل : ولا شُفْعَةَ فى بَيْعِ الخِيارِ قبلَ انْقِضائِه ؛ لأَنَّ فيه إلْزامَ البَيْعِ بغيرِ رِضَا المُتَبايِعَيْن ، وإسْقاطَ حَقِّهما مِن الخِيارِ . وقِيل : يُؤْخَذُ بالشُّفْعَةِ ؛ لأَنَّ المِلْكَ انْتَقلَ . فإن كان الخِيارُ للمُشْتَرِى وحدَه ، فللشَّفِيعِ الأخْذُ ؛ لأنَّه يَمْلِكُ الأخْذَ مِن المُشْتَرِى قَهْرًا . ويَحْتَمِلُ أن لا يَمْلِكَه ؛ لأَنَّ فيه إلْزامَ البَيْعِ فى حَقِّ المُشْتَرِى بغيرِ رِضاه .

فصل : وللصَّغِيرِ الشُّفْعَةُ ، ولوَلِيِّه الأخْذُ بها (1 إن رَأَى الحَظَّ فيها ، فإذا 1) أخَذ بها ، لم يَمْلِكِ الصَّغِيرُ إبْطالَها بعدَ بُلُوغِه ، كما لو اشْتَرَى له دارًا . وإن تَرَكَها مع الحَظِّ فيها ، لم تَسْقُطْ ، ومَلَكَ الصَّغِيرُ الأَخْذَ بها إذا بَلَغ . وإن تَرَكَها الوَلِيُّ للحَظِّ فى تَرْكِها ، أو لإعْسارِ الصَّبِىِّ ، سَقَطَت فى قولِ ابنِ حامِدٍ ؛ لأَنَّه فَعَل ما تَعَيَّنَ عليه فِعْلُه ، فلم يَجُزْ نَقْضُه ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ . وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ أَنَّها لا تسْقُطُ ؛ لأَنَّ للشَّفِيعِ الأَخْذَ مع الحَظِّ وعدَمِه ، فمَلَكَ طَلَبَها عندَ إمْكانِه ، كالغائبِ إذا قَدِم . والمجْنونُ كالصَّبِىِّ ؛ لأَنَّه مَحْجُورٌ عليه .

وإن باع الوَلِيُّ لأَحدِ الأيْتامِ نَصِيبًا ، فله الأَخْذُ بها للآخَرِ ، وإن كان الوَلِيُّ شَرِيكًا ، لم يَمْلِكِ الأَخْذَ بها إن كان وَصِيًّا ؛ لأَنَّه مُتَّهَمٌ ، وإن كان أَبًا ، فله الأَخْذُ ؛ لأَنَّ له أن يشْتَرِىَ لنفْسِه مِن مالِ وَلَدِه .

(1 - 1) فى ف : « إذا رأى الحظ ، فإن » .

وهل لرَبِّ المالِ الشُّفْعَةُ على المُضارِبِ فيما يَشْتَرِيه؟ على وَجْهَيْن؛ بِناءً على شِرائِه منه لنَفْسِه.

فصل: ولا شُفْعَةَ لكافِرٍ على مُسْلِمٍ؛ لِما روَى أنَسٌ أنَّ النبيَّ ﷺ قال: «لَا شُفْعَةَ لِنَصْرَانِيٍّ». روَاه الدّارَقُطْنِيُّ[1]. ولأنَّه مَعْنًى يخْتَصُّ العَقَارَ، فلم يَثْبُتْ للكافِرِ على المُسْلِمِ، كالاسْتِعْلاءِ. وتَثْبُتُ الشُّفْعَةُ للمُسْلِمِ على الذِّمِّيِّ للخَبَرِ[2]، وللذِّمِّيِّ على الذِّمِّيِّ؛ للخَبَرِ والمَعْنَى.

---

(١) في م: «الطبراني في الصغير».

والحديث أخرجه الدارقطني في العلل، كما عزاه إليه في المغني ٧/ ٥٢٤. ومن طريقه أخرجه الخطيب، في: تاريخ بغداد ٣/ ٤٣٥.

وابن الجوزي، في العلل المتناهية ٢/ ١١٠. وقال: قال الدارقطني: وهو وهم، والصواب عن حميد الطويل عن الحسن من قوله.

كما أخرجه الطبراني، في: المعجم الصغير ١/ ٢٠٦. وابن عدي، في: الكامل ٧/ ٢٥٢٠. والبيهقي، في: السنن الكبرى ٦/ ١٠٨، ١٠٩. وقال أبو حاتم: هو باطل. العلل لابن أبي حاتم ١/ ٤٧٨. وانظر: الإرواء ٥/ ٣٧٤.

(٢) زيادة من: س ٢.



بابُ إحْيَاءِ المَواتِ

وهى[(1)] الأَرْضُ الدَّائِرَةُ التى لا يُعْرَفُ [٢٢٧ظ] لها مالِكٌ.

وهى نَوْعان؛ أحدُهما، ما لم يَجْرِ عليه مِلْكٌ، فهذا يُمْلَكُ بالإحْياءِ؛ لِما رَوَى جابِرُ بنُ عبدِ اللَّهِ قال: قال رسولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِىَ لَهُ». [(٢]رَوَاه أحمدُ، والتِّرْمِذِىُّ وصَحَّحه[٢)]. ولا يَفْتَقِرُ إلى إذْنِ الإمامِ؛ للخَبَرِ، ولأنَّه تَمَلُّكُ مُباحٍ، فلم يَفْتَقِرْ إلى إذْنٍ، كالصَّيْدِ. الثانى، ما جَرَى عليه مِلْكٌ، وبادَ أهْلُه، ولم يُعْرَفْ له مالِكٌ، ففيه رِوايَتانِ؛ إحْداهما، يُمْلَكُ بالإحْياءِ؛ للخَبَرِ، ولِمَا رَوَى طَاوُسٌ أنَّ النبىَّ ﷺ قال: «عَادِىُّ الأَرْضِ للَّهِ وَلِرَسُولِه، ثُمَّ هِىَ لَكُمْ بَعْدُ». رَوَاه أبو عُبَيْدٍ فى «الأَمْوَالِ»[(٣)]. ولأنَّه فى دارِ الإسْلامِ، فيُمْلَكُ، كاللُّقَطَةِ. والثانيةُ، لا

---

(١) فى س ١، س ٢، ب، ف: «هو».

(٢ - ٢) فى الأصل، س ١، س ٢، ب، ف: «متفق عليه».

والحديث أخرجه الترمذى، فى: باب ما ذكر فى إحياء الموات، من أبواب الأحكام. عارضة الأحوذى ٦/ ١٤٦. والإمام أحمد، فى: المسند ٣/ ٣٣٨، ٣٨١.

كما أخرجه البخارى تعليقا، فى: باب من أحيا أرضا مواتا، من كتاب الحرث والمزارعة. صحيح البخارى ٣/ ١٣٩، ١٤٠.

(٣) فى: باب الإقطاع، من كتاب أحكام الأرضين فى إقطاعها ...، الأموال ٢٧٢.

كما أخرجه البيهقى، فى: باب لا يترك ذمى يحييه ...، من كتاب إحياء الموات. السنن الكبرى ٦/ ١٤٣.

يُمْلَكُ ؛ لأنَّه إمَّا لمُسْلِمٍ ، أو ذِمِيٍّ ، أو بَيْتِ المالِ ، فلم يَجُزْ إحْيَاؤُه ، كما لو تعَيَّنَ مالِكُه .

ويجوزُ إحْيَاءُ ما قَرُبَ مِن العامِرِ إذا لم يتعلَّقْ بمَصالحِه ؛ للخَبَرِ والمَعْنَى . وعنه ، لا يُمْلَكُ ؛ لأنَّه لا يَخْلُو مِن مَصْلَحَةٍ ، فأَشْبَهَ ما تعلَّقَ بمَصالحِه[1] . والمَذْهَبُ الأوَّلُ .

فصل : وما تعَلَّقَتْ به مَصْلَحَةُ العامِرِ ؛ كَحَرِيمِ البئرِ ، وفناءِ الطَّرِيقِ ، ومَسِيلِ الماءِ ، لا[2] يُمْلَكُ بالإحْيَاءِ ، ولا يجوزُ لغيرِ مالِكِ العامِرِ إحْيَاؤُه ؛ لأنَّه تابِعٌ للعامِرِ ، مَمْلُوكٌ لصاحبِه ، ولأنَّ تَجْوِيزَ إحيائِه إبْطَالٌ للمِلْكِ فى العامِرِ على أهْلِه . وكذلك ما بينَ العامِرِ مِن الرِّحَابِ والشَّوارِعِ ومَقَاعِدِ الأسْوَاقِ ، لا يجوزُ تَمَلُّكُه بالإحْيَاءِ ؛ لأنَّه ليس بمَوَاتٍ ، وتَجْوِيزُ إحْيَائِه تَضْيِيقٌ على الناسِ فى أمْلَاكِهم وطُرُقِهم ، وهذا لا يجوزُ .

فصل : ويجوزُ الإحْيَاءُ مِن كُلِّ مَنْ يَمْلِكُ المالَ ؛ للخَبَرِ ، ولأنَّه فِعْلٌ يُمْلَكُ به ، فجاز ممَّن يَمْلِكُ المالَ ، كالصَّيْدِ . ويَمْلِكُ الذِّمِّيُّ بالإحْيَاءِ فى دارِ الإسْلامِ لذلك . وقال ابنُ حامِدٍ : لا يَمْلِكُ فيها بالإحْياءِ ؛ لخَبَرِ طَاوسٍ .

وليس للمُسْلِمِ إحْيَاءُ أرْضٍ فى بَلَدٍ صُولِحَ الكُفَّارُ على المُقامِ فيه ؛ لأنَّ المَوَاتَ تابِعٌ للبَلَدِ ، فلم يَجُزْ تَمَلُّكُه عليهم ، كالعامِرِ .

فصل : وفى صِفَةِ الإحْيَاءِ رِوايَتانِ ؛ إحْداهما ، أن يَعْمُرَ الأرْضَ لِما

---

(١) بعده فى م : « للخبر » .

(٢) سقط من : الأصل ، س ١ ، س ٢ ، ب ، م .

يُرِيدُها له ، ويُرْجَعُ فى ذلك إلى العُرْفِ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ أَطْلَق الإحْياءَ ولم يُبَيِّنْ ، فحُمِلَ على المُتعارَفِ ، فإن كان يُرِيدُها للسُّكْنَى فإحْيَاؤُها بحائطٍ جَرَتْ عادَتُهم بالبِنَاءِ به ، وسَقْفٍ[1] ، فإنَّها لا تَصْلُحُ للسُّكْنَى إلَّا بذلكَ ، وإن أرَادَها حَظِيرَةً لغَنَمٍ ، أو حَطَبٍ ، فبِحَائطٍ جَرَتِ العادَةُ بمِثْلِه ، وإن أرَادَها للزَّرْعِ ، فبِسَوْقِ الماءِ إليها مِن نَهَرٍ أو بِئْرٍ . ولا يُعْتَبَرُ حَرْثُها ؛ لأَنَّه يتَكَرَّرُ كُلَّ عامٍ ، فأَشْبَهَ السُّكْنَى ، ولا يَحْصُلُ الإحْيَاءُ به لذلك . وإن كانَتْ أرْضًا يكْفِيها المَطَرُ ، فإحْيَاؤُها بتَهْيِئَتِهَا للغَرْسِ و[2] الزَّرْعِ ؛ إمَّا بقَلْعِ أشْجَارِها ، أو أحْجَارِهَا ، أو تَنْقِيَتِها ، ونحوِ ذلك ممَّا يُعَدُّ إحْيَاءً . وإن كانَتْ مِن أَرْضِ البَطَائحِ ، فإحْيَاؤُها بحَبْسِ الماءِ عنها ؛ لأَنَّ إحْيَاءَها بذلكَ . ولا يُعْتَبَرُ فى الإحْيَاءِ للسُّكْنَى نَصْبُ الأَبْوَابِ ؛ لأَنَّ السُّكْنَى مُمْكِنَةٌ بدُونِه . والرِّوايَةُ [٢٢٨و] الثانيةُ ، التَّحْوِيطُ إحْيَاءٌ لكُلِّ أرْضٍ ؛ لِمَا رَوَى سَمُرَةُ أَنَّ النبىَّ ﷺ قال : « مَنْ حَاطَ[3] حَائِطًا عَلَى أَرْضٍ ، فَهِىَ لَهُ » . روَاه أبو داودَ[4] . ولأَنَّ الحائِطَ حاجِزٌ مَنِيعٌ ، فكانَ إحْيَاءً ، كما لو أرَادَها[5] حَظِيرَةً .

فصل : وإذا أحْيَاها ، مَلَكَها بما فيها مِن المَعَادِنِ والأحْجارِ ؛ لأنَّه يَمْلِكُ[6]

---

(١) فى س ٢: « يسقف » ، وفى م : « تسقف » . وغير منقوطة فى س ١، ب .

(٢) فى س ٢: « أو » .

(٣) فى م : « أحاط » .

(٤) فى : باب فى إحياء الموات ، من كتاب الإمارة . سنن أبى داود ٢/ ١٥٩.
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٥/ ١٢، ٢١.

(٥) فى س ٢: « أدارها » .

(٦) فى م : « تملك » ، وغير منقوطة فى س ٢، ب .

الأرْضَ بجميعِ أجْزَائِها وطَبقَاتِها، وهذا منها. وإن ظَهَر فيها مَعْدِنٌ جارٍ[1]؛ كالقِيرِ، والنِّفْطِ، والماءِ، ففيه رِوايَتانِ؛ إحْداهما، لا يَمْلِكُه؛ لقَوْلِ النبىِّ ﷺ: «النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ؛ المَاءِ، والْكَلَأِ، والنَّارِ». روَاه الخَلَّالُ[2]. وكذلك الحُكْمُ فى الكَلأِ والشَّجرِ؛ لقَوْلِ النبىِّ ﷺ: «لَا حِمَى فِي الأَرَاكِ». [3]روَاه أبو داودَ[3]. والثانيةُ، يَمْلِكُ ذلك كلَّه؛ لأنَّه نَماءُ مِلْكِه، فمَلَكَه، كشَعَرِ غَنَمِه.

فصل: ومَن حَفَر بِئْرًا فى مَوَاتٍ، مَلَك حَرِيمَها. والمَنْصُوصُ عن أحمدَ أنَّ حَرِيمَ البِئْرِ البَدِىءِ[4] خَمْسَةٌ وعِشْرُونَ ذِرَاعًا مِن كُلِّ جانبٍ، ومَن سَبَق إلى بِئْرٍ عَادِيَّةٍ، فاحْتَفَرها، فحَرِيمُها خَمْسُونَ ذِرَاعًا مِن كُلِّ جانِبٍ؛ لِما رُوِىَ عن سَعِيدِ بنِ المُسَيَّبِ أنَّه قال: السُّنَّةُ فى حَرِيمِ القَلِيبِ[5] العَادِىِّ خَمْسُونَ ذِراعًا، والبَدِىءِ خَمْسَةٌ وعِشْرُونَ ذِراعًا. روَاه أبو عُبَيْدٍ فى

---

(١) فى م: «جاز».

(٢) أخرجه أبو عبيد، فى: الأموال ٢٩٥.

وبلفظ: «المسلمون». أخرجه أبو داود، فى: باب فى منع الماء، من كتاب البيوع. سنن أبى داود ٢/ ٢٤٩. وابن ماجه، فى: باب المسلمون شركاء فى ثلاث، من كتاب الرهون. سنن ابن ماجه ٢/ ٨٢٦. والإمام أحمد، فى: المسند ٥/ ٣٦٤. وانظر الإرواء ٦/٦ - ٩.

(٣ - ٣) زيادة من الأصل، ف.

والحديث أخرجه أبو داود، فى: باب فى إقطاع الأرضين، من كتاب الإمارة. سنن أبى داود ٢/ ١٥٦.

كما أخرجه الدارمى، فى: باب فى الحمى، من كتاب البيوع. سنن الدارمى ٢/ ٢٦٩.

(٤) البدىء المبتدأ حفره: أى المحدث.

(٥) فى م: «البئر».

« الأَمْوالِ »[1] . ورَوى الخَلّالُ، والدَّارَقُطْنِيُّ، عن النبىِّ ﷺ نحوَه[2] .
وقال القاضى : حَرِيمُها ما تَحْتَاجُ إليه فى تَرْقِيَةِ الماءِ منها، كقَدْرِ مَدارِ الثَّوْرِ، إن كانَ بدُولَابٍ، وقَدْرِ طُولِ البِئْرِ، إن كان بالسَّوَانِى . وحَمَلَ التَّحْدِيدَ فى الحدِيثِ وكلامِ أحمدَ على المَجَازِ . والظاهِرُ خِلافُه، فإنَّه قد يحْتاجُ إلى حَرِيمِها لغيرِ تَرْقِيَةِ الماءِ؛ لمَوْقِفِ الماشِيَةِ، وعَطَنِ الإبِلِ ونحوِه . وأمَّا العَيْنُ المُسْتَخْرَجَةُ، فحَرِيمُها ما يَحْتَاجُ إليه صاحِبُها، ويَسْتَضِرُّ بتَمَلُّكِه عليه وإن كَثُر . وحَرِيمُ النَّهْرِ ما يَحْتَاجُ إليه لطَرْحِ كِرَايَتِه[3] ، وطَرِيقِ شاوِيِّه[4] ، وما يَسْتَضِرُّ صاحِبُه بتَمَلُّكِه[5] عليه، وإن كَثُر .

فصل : ومَن تَحَجَّر مَوَاتًا وشَرَع فى إحْيَائِه، ولم يتِمَّ، فهو أحَقُّ به؛ [6]لقَوْلِ رسولِ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إلَيْهِ مُسْلِمٌ، فَهُوَ أحَقُّ بِهِ » . روَاه أبو داودَ[7] . فإن نقَلَه إلى غيرِه، صارَ الثانِى أحَقَّ به؛ لأنَّ صاحِبَ الحقِّ آثَرَه به، فإن ماتَ، انْتقَلَ إلى وَارِثِه[6] ؛ لقَوْلِ رسولِ اللَّهِ

---

(١) فى : باب إحياء الأرضين واحتجارها ...، الأموال ٢٩٢. عن يحيى بن سعيد . وبنحوه عن سعيد بن المسيب .

(٢) أخرجه الدارقطنى، فى : كتاب الأقضية . سنن الدارقطنى ٤/ ٢٢٠. وقال : الصحيح من الحديث أنه مرسل عن ابن المسيب، ومن أسنده فقد وهم .

(٣) طرح كرايته : ما يلقى منه طلبا لسرعة جريه . كشاف القناع ٤/ ١٩٢.

(٤) طريق شاويه : أى قيمه . قال فى شرح المنتهى : والكراية والشاوى لم أجد لهما أصلا فى اللغة بهذا المعنى . ولعلهما مولدتان من قبل أهل الشام . شرح منتهى الإرادات ٢/ ٤٦٣.

(٥) فى س ٢ : « بتمكنه » .

(٦ - ٦) سقط من : الأصل .

(٧) تقدم تخريجه فى ٢/ ٦٣.

ﷺ : « مَنْ تَرَكَ حَقًّا ، أوْ مَالًا ، فَهُوَ لِوَرَثَتِهِ »[1] . وإن باعَه لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه لم يَمْلِكْه ، فلم يَصِحَّ بَيْعُه ، كحَقِّ الشُّفْعَةِ . ويَحْتَمِلُ جوازُ بَيْعِه ؛ لأنَّه صارَ أحَقَّ به . فإن بادَر إليه غيرُه فأحْيَاه ، لم يَمْلِكْه فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لمَفْهُومِ قَوْلِه عليه الصلاةُ والسَّلامُ : « مَنْ سَبَقَ إلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » . ولأنَّ حَقَّ المُتَحجِّرِ أسْبَقُ ، فكان أوْلَى ، كحَقِّ الشَّفِيعِ مع المُشْتَرِى . والثانى ، يَمْلِكُه ؛ لأنَّه أحْيَا أرْضًا مَيْتَةً ، فيَدْخُلُ فى عُمومِ الحدِيثِ ، ولأنَّ الإحْيَاءَ يُمْلَكُ به ، فقُدِّم على التَّحَجُّرِ الذى لا يُمْلَكُ به . وإن شَرَعَ فى الإحْيَاءِ وتَرَك ، قال له السُّلْطانُ : إمَّا أن تُعْمِرَ ، وإمَّا أن تَرْفَعَ يدَكَ . لأنَّه ضَيَّق على الناسِ فى حَقٍّ مُشْتَرَكٍ ، فلم يُمَكَّنْ منه ، كالوُقُوفِ فى طَرِيقٍ ضَيِّقٍ . فإن سَأَل الإمْهَالَ ، أُمْهِل مُدَّةً قَرِيبَةً ، كالشَّهْرَيْنِ ونحوِهما[2] ، فإنِ انْقَضَتْ ولم يُعْمِرْ ، فلغيرِه إحْياؤُها وتَمَلُّكُها ، كسائرِ المَوَاتِ .

فصل : وإذا كان فى [٢٢٨ظ] المَوَاتِ مَعْدِنٌ ظاهِرٌ يَنْتَفِعُ به المُسْلِمُونَ ؛ كالمِلْحِ ، وعُيُونِ الماءِ ، والكِبْرِيتِ ، والكُحْلِ ، والقَارِ ، ومَعادِنِ الذَّهَبِ

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٤٧ . من حديث أبى هريرة .
وانظر ما تقدم تخريجه من حديث جابر فى صفحة ٢٦٨ .
وقال الحافظ : أورده الشافعى هنا بلفظ : « من ترك حقا » . ولم أره كذلك . التلخيص الحبير ٣/٥٦ .

(٢) فى الأصل : « نحوها » .

والفِضَّةِ والحَدِيدِ ، ومَقالِعِ[1] الطِّينِ ونَحْوِها ، لم يَجُزْ لأحَدٍ إحْياؤُها ، ولا تُمْلَكُ بالإحْياءِ ؛ [2]لأنَّ النبيَّ ﷺ أقْطَعَ أبْيَضَ بنَ حَمّالٍ مَعْدِنَ المِلْحِ ، فلَمّا قيل له : إنَّه بمَنزِلَةِ الماءِ العِدِّ[3] . رَدَّه . رَواه أبو داودَ[2] . وقال : [4]يا رسولَ اللَّهِ ، ما نَحْمِى[4] مِن الأراكِ ، قال : « مَا لَمْ تَنَلْهُ أَخْفافُ الإبِلِ »[5] . ولأنَّ هذا ممَّا يُحْتاجُ إليه ، فلو مُلِكَ بالاحْتِجارِ[6] ، ضاقَ على الناسِ ، وغَلَت أسْعارُه .

وكذلك ما نَضَب عنه الماءُ مِن الجَزائِرِ[7] عندَ الأنْهارِ الكِبارِ . قال أحمدُ : يُرْوَى عن عُمَر ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، أنَّه أباحَ الجَزائِرَ ، وأنا آخُذُ به . يعْنِى ، ما يَنْبُتُ فيها . ولأنَّ البِناءَ فيها يَرُدُّ الماءَ إلى الجانِبِ الآخَرِ فيَضُرُّ بأهْلِه ، ولأنَّها مَنْبِتُ الكَلأِ والحَطَبِ ، فأَشْبَهَتِ المَعادِنَ .

---

(١) فى س ٢، ب : « مقاطع » .

ومقالع الطين : هى ما تقتلعه من الأرض وترمى به .

(٢ - ٢) فى م : « فعن أبيض بن حمال أنه وفد إلى النبى ﷺ فاستقطعه الملح فقطعه له فلما أن ولى قال رجل من المجلس : أتدرى ما أقطعت له؟ إنما أقطعته الماء العد . قال : فانتزعه منه » .

(٣) العد ، بكسر العين : الدائم الذى لا ينقطع .

(٤ - ٤) فى م : « وسأله عما يحمى » .

(٥) بعده فى م : « رواه أبو داود والترمذى » .

والحديث أخرجه أبو داود ، فى : باب فى إقطاع الأرضين ، من كتاب الإمارة . سنن أبى داود ٢/ ١٥٥، ١٥٦. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى القطائع ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/ ١٤٩، ١٥٠. وابن ماجه ، فى : باب إقطاع الأنهار والعيون ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢/ ٨٢٧. والدارمى ، فى : باب فى القطائع ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/ ٢٦٨. وأبو عبيد ، فى : الأموال ٢٧٥.

(٦) فى ف : « بالإحياء » .

(٧) مفردها جزيرة ، سميت بذلك لانحسار الماء عنها .

فصل: وكُلُّ بِئْرٍ ينْتَفِعُ بها المسلمون، أو عَيْنٍ نابعَةٍ، فليس لأحدٍ احْتِجارُها؛ لأنَّها بمَنْزِلَةِ المعادِنِ الظاهِرَةِ. ومَن حَفَر بِئْرًا لغيرِ قَصْدِ التَّمَلُّكِ؛ إمَّا ليَنْتَفِعَ بها المسلمون، أو ليَنْتَفِعَ بها مُدَّةً ثم يَتْرُكَها[1]، لم يَمْلِكْها، و[2]كان أحَقَّ بها حتى يَرْحَلَ عنها، [3]ثم تكونُ[3] للمُسْلِمين. ومَن حفَرَ بِئْرًا للتَّمَلُّكِ فلم يَظْهَرْ مَاؤُها، لم تُمْلَكْ به؛ لأنَّه ما تَمَّ إحْياؤُها، وكان كالمُتَحَجِّرِ الشارِعِ في الإحْياءِ.

فصل: وإن[4] أحْيَا أرْضًا، فظَهَر فيها مَعْدِنٌ، مَلَكَه؛ لأنَّه لم يُضَيِّقْ على الناسِ به؛ لأنَّه[5] الذى[6] أخْرَجَه. ولو كان في[7] المَوَاتِ أرْضٌ[8] يُمْكِنُ فيها إحْداثُ مَعْدِنٍ ظاهِرٍ، كَشَطِّ البَحْرِ إذا حَصَل فيه ماؤُه صارَ مِلْحًا، مَلَكَه بالإحْياءِ؛ لأنَّه تَوْسِيعٌ على المُسْلِمين لا تَضْيِيقٌ.

فصل: ومَن سَبَق إلى مَعْدِنٍ ظاهِرٍ، وهو الذى يُوصَلُ إلى ما فيه مِن غيرِ مُؤْنَةٍ؛ كالماءِ، والمِلْحِ، والنِّفْطِ، أو باطِنٍ لا يُوصَلُ إلى ما فيه إلَّا

---

(1) في الأصل: «تركها».

(2) بعده في الأصل: «إن».

(3 - 3) في م: «ويتركها».

(4) في الأصل: «من».

(5) في م: «ولأنه».

(6) في م: «للذى».

(7) سقط من: م، وفي الأصل: «هذا في».

(8) بعده في الأصل: «لم».

بالعَمَلِ ؛ كمعادِنِ الذَّهَبِ (١ والفِضَّةِ ١) والحدِيدِ ، كان أحقَّ به ؛ للخَبَرِ . فإن أقامَ بعدَ قَضاءِ حاجَتِه ، مُنِعَ منه ؛ لأنَّه يُضَيِّقُ على الناسِ بغيرِ نَفْعٍ ، فأَشْبَهَ الوُقُوفَ فى مَشْرَعَةِ مَاءٍ لا يَسْتَقِى منها (٢) .

وإن طالَ مُقامُه للأَخْذِ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا يُمْنَعُ ؛ لأَنَّه سَبَق ، فكان أحقَّ ، كحالَةِ الابْتِداءِ . والثانى ، يُمْنَعُ ؛ لأنَّه يَصِيرُ (٣) كالمُتَحَجِّرِ .

فإن سبَقَ إليه اثنان يَضِيقُ المكانُ عنهما ، أُقْرِعَ بينَهما ؛ لأنَّه لا مَزِيَّةَ لأحدِهما على صاحِبِه . وقال بعضُ أصْحابِنا : إن كانا يأْخُذَانِ للتِّجارَةِ ، هايَأَه الإمامُ بينَهما ، وإن كانا يأْخُذَانِ للحاجَةِ ، ففيه أربعةُ أَوْجُهٍ ؛ أحدُها ، يُهَايَأُ (٤) بينَهما . (٥ والثانى ، يُقْرَعُ بينَهما ٥) . والثالثُ ، يُقَدِّمُ الإمامُ مَن يَرَى منهما . والرابِعُ ، يَنْصِبُ الإمامُ مَن يأْخُذُ لهما ، و (٦) يقْسِمُ بينَهما .

فصل : ومَن شَرَع فى حَفْرِ مَعْدِنٍ ، ولم يَبْلُغِ النَّيْلَ (٧) ، فهو أحَقُّ به ، كالشّارِعِ فى الإحْياءِ ، [٢٢٩و] ولا يَمْلِكه وإنْ بَلَغ النَّيْلَ ؛ لأنَّ الإحْياءَ العِمارَةُ ، وهذا تَخْرِيبٌ ، فلا يَمْلِكُ به ، ولأنَّه يَحْتاجُ فى كلِّ جُزْءٍ إلى عَمَلٍ ، فلا يَمْلِكُ منه إلَّا ما أَخَذ ، لكنْ يكونُ أحَقَّ به ما دامَ يأْخُذُ . وإن

(١ - ١) زيادة من ف .

(٢) زيادة من : م .

(٣) فى م : « يضر » .

(٤) فى م : « يهايئاه » .

(٥ - ٥) سقط من : الأصل .

(٦) فى س ٢ : « أو » .

(٧) بعده فى م : « به » .

حَفَره[1] إنْسَانٌ مِن جانبٍ آخَرَ ، فوَصَل إلى النَّيْلِ ، لم يكنْ له مَنْعُه ؛ لأنَّه لم يَمْلِكْه .

فصل : ويجوزُ الارْتِفاقُ بالقُعُودِ فى الرِّحابِ والشَّوارِعِ والطُّرُقِ الواسِعَةِ ، للبَيْعِ والشِّراءِ ؛ لاتِّفَاقِ أهْلِ الأمْصارِ عليه مِن غيرِ إنْكارٍ ، ولأنَّه ارْتِفاقٌ[2] بمُبَاحٍ مِن غيرِ إضْرارٍ ، فلم يُمْنَعْ منه ، كالاجْتِيازِ . ومَن سَبَق إليه ، كان أحقَّ به ؛ لقولِه ﷺ : « مِنًى مُنَاخُ[3] مَن سَبَقَ »[4] . وله أن يُظَلِّلَ عليه بما لا يَضُرُّ بالمارَّةِ ؛ لأنَّ الحاجَةَ تَدْعُو إليه مِن غيرِ ضَرَرٍ بغيرِه ، وليس له أن يَبْنِيَ دَكَّةً[5] ولا غيرَها ؛ لأنَّها تُضَيِّقُ ، ويَعْثُرُ بها العابِرُ . فإن قامَ وتَرَك مَتاعَه ، لم يَجُزْ لغيرِه أن يَقْعُدَ ؛ لأنَّ يدَه لم تَزُلْ . وإن أطال[6] القُعُودَ ، ففيه وَجْهان سَبَق تَوْجِيهُهما . وإن سَبَق إليه اثنان ، ففيه وجْهان ؛ أحدُهما ، يُقْرَعُ بينَهما ؛ لتَساوِيهما . والثانى ، يُقَدِّمُ الإمامُ أحدَهما ؛ لأنَّ له نَظَرًا واجْتِهادًا .

---

(١) فى م : « حفر » .

(٢) فى م : « إرفاق » .

(٣) فى الأصل : « مباح » .

(٤) أخرجه أبو داود ، فى : باب تحريم حرم مكة ، من كتاب المناسك . سنن أبى داود ١/ ٤٦٦. والترمذى ، فى : باب ما جاء أن منى مناخ من سبق ، من أبواب الحج ، عارضة الأحوذى ٤/ ١١١. وابن ماجه ، فى : باب النزول بمنى ، من كتاب المناسك . سنن ابن ماجه ٢/ ١٠٠٠. والدارمى ، فى : باب كراهية البنيان بمنى ، من كتاب المناسك . سنن الدارمى ٢/ ٧٣. والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ١٨٧، ٢٠٦، ٢٠٧.

(٥) الدكة : انظر صفحة ٢٧٧.

(٦) فى الأصل ، س ١، س ٢، ب : « طال » .

فصلٌ فى القَطائِع: وهى ضَرْبَانِ؛ إقْطاعُ إرْفاقٍ، وهى مَقاعِدُ الأَسْواقِ والرِّحابِ، فللإمامِ إقْطاعُها لِمَن يَجْلِسُ فيها، فيَصِيرُ كالسّابِقِ إليها، إلَّا أنَّه أحَقُّ بها وإن نَقَل مَتاعَه؛ لأنَّ للإمامِ النَّظَرَ والاجْتِهادَ، فإذا أقْطَعَه، ثَبَتت يَدُه عليه بالإقْطاعِ، فلم يكنْ لغيرِه أن يَقْعُدَ فيه.

الضَّرْبُ الثانى، مَواتُ الأَرْضِ، فللإمامِ إقْطاعُها لِمَن يُحْيِيها؛ لِما رَوَى وائِلُ بنُ حُجْرٍ أنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ أقْطَعَه أرْضًا، فأرْسَلَ مُعَاوِيَةَ: «أن أَعْطِها[1] إيَّاه[2] - أَو- أَعْلِمْهَا[3] إيَّاه». [4]حديثٌ صحيحٌ[4]. وأقْطَعَ بِلالَ بنَ الحارِثِ المُزَنِىَّ[5]، وأبْيَضَ بنَ حَمَّالٍ المَأْرِبِىَّ[6]. وأقْطَعَ

---

(١) فى الأصل، س ١، س ٢، ف، م: «أعطه».

والمثبت من: ب، والمسند.

(٢) فى م: «إياها».

(٣) فى ف: «أعملها».

(٤- ٤) فى م: «رواه الترمذى وصححه».

والحديث أخرجه أبو داود، فى: باب فى إقطاع الأرضين، من كتاب الإمارة. سنن أبى داود ٢/ ١٥٤. والترمذى، فى: باب ما جاء فى القطائع، من أبواب الأحكام. عارضة الأحوذى ٦/ ١٥١، ١٥٢. والدارمى، فى: باب فى القطائع، من كتاب البيوع. سنن الدارمى ٢/ ٢٦٨. والإمام أحمد، فى: المسند ٦/ ٣٩٩. واللفظ له.

(٥) انظر ما أخرجه أبو داود، فى: باب فى إقطاع الأرضين، من كتاب الخراج والفىء والإمارة. سنن أبى داود ٢/ ١٥٤، ١٥٥. والإمام مالك، فى: باب الزكاة فى المعادن، من كتاب الزكاة. الموطأ ١/ ٢٤٨، ٢٤٩. والإمام أحمد، فى: المسند ١/ ٣٠٦. وأبو عبيد، فى: الأموال ٣٣٨. وانظر ما يأتى تخريجه فى حاشية (٥ - ٥) فى الصفحة التالية.

(٦) فى م: «المازنى».

والحديث تقدم تخريجه فى صفحة ٥٥٥.

الزُّبَيْرَ حُضْرَ[1] فَرَسِه. رَواه أبو داودَ[2]. وأَقْطَعَ أبو بَكْرٍ وعُمَرُ وعُثْمانُ أصحابَ رسولِ اللَّهِ ﷺ[3].

ومَن أَقْطَعَه الإمامُ شيئًا، لم يَمْلِكْه، لكنْ يَصِيرُ كالمُتَحَجِّرِ فى جميعِ ما ذَكَرْناه.

ولا يُقْطَعُ مِن ذلك إلَّا ما قُدِر على إحْيائِه؛ لأنَّ إقْطاعَه أكْثَرَ منه إدْخالُ ضَرَرٍ على المُسْلمين بلا فائدةٍ، وقد رُوِىَ أنَّ النبىَّ ﷺ أقْطَعَ بِلَالَ ابنَ الحارِثِ العَقِيقَ، فلمَّا كان زَمَنُ عُمَرَ، قال له: إنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ لم يُقْطِعْكَ لتَحْتَجِرَه[4] على الناسِ، فخُذْ ما قَدَرْتَ على عِمارَتِه ودَعْ باقِيَه. رَواه أبو عُبَيْدٍ [5]فى «الأَمْوالِ»[5].

فصل: وليس للإمامِ إقْطاعُ المَعادِنِ الظاهِرَةِ؛ لِما ذَكَرْنا فى إحْيائِها. قال أصْحابُنا: وكذلك المَعادِنُ الباطِنَةُ؛ لأنَّها فى مَعْناها. ويَحْتَمِلُ جَوازَ إقْطاعِها؛ [٢٢٩ظ] لِما رُوِىَ أنَّ النبىَّ ﷺ أقْطَعَ بلالَ بنَ الحارِثِ مَعادِنَ

---

(١) حضر فرسه: عدوها، أى قدر ما تعدو عدوة واحدة.

(٢) فى: باب فى إقطاع الأرضين، من كتاب الإمارة. سنن أبى داود ٢/ ١٥٨.
كما أخرجه الإمام أحمد، فى: المسند ٢/ ١٥٦.

(٣) أخرج هذه الآثار أبو عبيد فى الأموال ٢٧٦- ٢٧٨.

(٤) فى س ٢: «لتحجره»، وهو موافق لما عند البيهقى.

(٥ - ٥) سقط من س ١.
والأثر أخرجه أبو عبيد، فى: الأموال ٢٧٣. دون قصة عمر.
كما أخرجه بذكر قصة عمر، ابن خزيمة، فى: صحيحه ٤/ ٤٤. والبيهقى، فى: السنن الكبرى ٤/ ١٥٢، ٦/ ١٤٩.

القَبَلِيَّةِ[1]؛ جَلْسِيَّهَا وغَوْرِيَّها[2]. رَواه أبو داودَ[3]. ولأنّه يَفْتَقِرُ[4] الانْتِفاعُ بها إلى المُؤَنِ، فجازَ إقْطاعُه، كالمَواتِ.

فَصْلٌ في الحِمَى: لا يجوزُ لأحَدٍ أن يَحْمِيَ [5]لنَفْسِه مَواتًا يَمْنَعُ الناسَ الرَّعْيَ فيه؛ لِما روَى الصَّعْبُ بنُ جَثَّامَةَ قال: سمِعْتُ رسـولَ اللَّهِ ﷺ يقولُ: «لَا حِمَى إلَّا للَّهِ [6]ولِرَسُولِهِ[6]». [7]رَواه أبو داودَ[7]. وقال[5]: «النَّاسُ شُرَكَاءُ في ثَلَاثٍ؛ في[8] المَاءِ، والكَلَأِ، والنَّارِ»[9]. وللإمامِ أن يَحْمِيَ مَكانًا لتَرْعَى فيه خَيْلُ المُجاهِدِين، ونَعَمُ الجِزْيَةِ، وإبِلُ الصَّدَقَةِ، وضَوالُّ الناسِ التي يقُومُ بحِفْظِها؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ حَمَى

---

(1) قال أبو عبيد: القبلية بلاد معروفة بالحجاز. الأموال ٣٣٨.

(2) جلسيها وغوريها: أي مرتفعها ومنخفضها.

(3) تقدم تخريجه في صفحة ٥٩٩ حاشية ٥ .

(4) بعده في م: «في».

(٥ - ٥) سقط من: الأصل.

(٦ - ٦) في س ١، س ٢، ف، ب: «ورسوله» .

(٧ - ٧) في س ١، ف: «متفق عليه، ورواه أبو داود»، وفي س ٢، ب: «متفق عليه».

والحديث أخرجه أبو داود، في: باب في الأرض يحميها الإمام أو الرجل، من كتاب الخراج. سنن أبي داود ٢/ ١٦٠.

كما أخرجه البخاري، في: باب لا حمى إلا لله ولرسوله، من كتاب المساقاة، وفي: باب أهل الدار يبيتون، من كتاب الجهاد. صحيح البخاري ٣/ ١٤٨، ٤/ ٧٤. والنسائي، في: باب إصابة أولاد المشركين في البيات بغير قصد، من كتاب السير. السنن الكبرى ٥/ ١٨٦. والإمام أحمد، في: المسند ٤/ ٣٨.

(8) زيادة من: ف.

(9) تقدم تخريجه في صفحة ٥٥٢ .

النَّقِيعَ[1] لخَيْلِ المسلمين[2]. ولأنَّ عُمَرَ وعُثْمانَ، رَضِىَ اللَّهُ عنهما، حَمَيَا. واشْتَهَرَ فى الصَّحابَةِ، فلم يُنْكَرْ، فكان إجْماعًا. وقال عمرُ، رَضِىَ اللَّهُ عنه: واللَّهِ لوْلَا ما أحْمِلُ عليه فى سَبِيلِ اللَّهِ، ما حَمَيْتُ مِن الأرْضِ شِبْرًا فى شِبْرٍ. رَواه أبو عُبَيْدٍ[3]. وليس له أن يَحْمِىَ قَدْرًا يُضَيِّقُ به على الناسِ؛ لأنَّه إنَّما جاز للمَصْلَحةِ، فلا يجوزُ ذلك بضَرَرٍ أكْثَرَ منها.

وما حَماه النبىُّ ﷺ فليس لأحَدٍ نَقْضُه، ولا يُمْلَكُ بالإحْياءِ؛ لأنَّ ما [4]حَكَم به[4] النبىُّ ﷺ نَصٌّ، [5]فلم يَجُزْ نَقْضُه[5] بالاجْتِهادِ. وما حَماه غيرُه مِن الأئِمَّةِ جاز لغيرِه مِن الأئِمَّةِ تغْيِيرُه، فى أحَدِ الوَجْهَيْن. وفى الآخَرِ، ليس له ذلك؛ لئَلَّا يَنْقُضَ الاجْتِهادَ بالاجْتِهادِ. والأَوَّلُ أوْلَى؛ لأنَّ الاجْتِهادَ فى حِماها فى تلك المُدَّةِ دُونَ غيرِها ولهذا مَلَك

---

(١) فى ف: «البقيع».

والنقيع: موضع بينه وبين المدينة عشرون فرسخا. معجم البلدان ٤/ ٨٠٨.

(٢) أخرجه الإمام أحمد، فى: المسند ٢/ ١٥٥، ١٥٧. والبيهقى، فى: السنن الكبرى ٦/ ١٤٦. وأبو عبيد، فى: الأموال ٢٩٨.

وذكره البخارى بلاغا فى صحيحه ٣/ ١٣٨. وأبو داود، فى: سننه ٢/ ١٦٠.

(٣) فى: الأموال ٢٩٩.

كما أخرجه البخارى، فى: باب إذا أسلم قوم فى دار الحرب، ولهم مال وأرضون ..، من كتاب الجهاد. صحيح البخارى ٤/ ٨٧. والإمام مالك، فى: باب ما يتقى من دعوة المظلوم، من كتاب دعوة المظلوم. الموطأ ٢/ ١٠٠٣.

(٤ - ٤) فى م: «حماه».

(٥ - ٥) فى م: «فلا ينقض».

الحامِى لها تَغْيِيرَها .

وإن أحْياه إنْسانٌ ، مَلَكه ؛ لأَنَّ حِمَى الأَئِمَّةِ اجْتِهادٌ ، ومِلْكُ الأرْضِ بإحْيائِها نَصٌّ ، فيُقَدَّمُ على الاجْتِهادِ .



بابُ أحْكامِ المِياهِ

وهى ضَرْبانِ ؛ مُباحٌ ، وغيرُه ، فغيرُ المُباحِ ما يَنْبُعُ فى أرضٍ مَمْلُوكَةٍ ، فصاحِبُها[1] أحَقُّ به ؛ لأنَّه يَمْلِكُهُ فى رِوَايَةٍ . وفى الأُخْرَى ، لا يَمْلِكُهُ ، [2]إلَّا أنَّه[2] ليس لغيرِه دُخُولُ أرْضِه بغيرِ إذْنِه .

وما فَضَل عن حاجَتِه ، لَزِمَه بذلُه لسَقْيِ ماشِيَةِ غيرِه ؛ لِما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ أنَّ النبيَّ ﷺ قال : « مَنْ مَنَعَ فَضْلَ المَاءِ لِيَمْنَعَ بِهِ فَضْلَ الكَلَأِ ، مَنَعَهُ اللَّهُ فَضْلَ[3] رَحْمَتِه »[4] . ولا يَلْزَمُه الحَبْلُ والدَّلْوُ ؛ لأنَّه يَتْلَفُ بالاسْتِعْمالِ ، فيتَضَرَّرُ به ، فأَشْبَهَ بَقِيَّةَ مالِه . وهل يَلْزَمُه بَذْلُ فَضْلِ مائِه لزَرْعِ غيرِه ؟ فيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، لا يَلْزَمُه ؛ لأنَّ الزَّرْعَ لا حُرْمَةَ له فى نَفْسِه . والثانيةُ ، يَلْزَمُه ؛ لِما رَوَى إياسُ بنُ عَبْدٍ أنَّ النبيَّ ﷺ نَهَى عن بَيْعِ فَضْلِ الماءِ .

---

(١) فى م : « فصاحبه » .

(٢ - ٢) فى الأصل : « لأنه » .

(٣) سقط من : س ٢ .

(٤) أخرجه الإمام أحمد عن عبد الله بن عمرو بلفظ قريب منه ، فى : المسند ٢/ ١٨٣، ٢٢١.
والذى عن أبى هريرة : « لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ » . وبنحوه ، عند البخارى ، فى صحيحه ٩/ ٣١. ومسلم ، فى صحيحه ٣/ ١١٩٨. وأبى داود ، فى سننه ٢/ ٢٤٨. والترمذى ، عارضة الأحوذى ٥/ ٢٧٣. وابن ماجه ، فى سننه ٢/ ٢٢٨. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٢٤٤، ٢٧٢، ٣٠٩، ٣٦٠، ٤٤٠، ٤٨٢، ٤٩٤، ٥٠٠.

(١رواه أبو داودَ ، (٢والتِّرمِذِىُّ ، وابنُ ماجه٢)١) . وإن لم يَفْضُلْ عنه شىءٌ ، لم يَلْزَمْه بذلُه ؛ لأنَّ الوَعِيدَ على مَنْعِ الفَضْلِ يدُلُّ على جَوازِ مَنْعِ غيرِه ، ولأنَّ ما يَحْتاجُ إليه يَسْتَضِرُّ ببَذْلِه ، فلم يَجِبْ بَذْلُه ، كحَبْلِه ودَلْوِه .

الضَّرْبُ الثانى ، الماءُ النابِعُ فى المَواتِ ، فمَن سَبَق إلى شىءٍ منه ، فهو أَحقُّ به ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ [٢٣٠و] إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ »[٣] .

وإن أراد أن يَسْقِىَ أرْضًا وكان الماءُ فى نَهَرٍ عَظيمٍ لا يَسْتَضِرُّ أحَدٌ بسَقْيِه ، جاز أن يَسْقِىَ كيف شاء ؛ لأنَّه لا ضَرَرَ فيه على أحَدٍ . وإن كان نَهَرًا صَغِيرًا ، أو[٤] مِن مِياهِ الأمْطارِ ، بُدِئَ بمَن فى أوَّلِ النَّهَرِ ، فيَسْقِى ، ويَحْبِسُ الماءَ حتى يَبْلُغَ الكَعْبَ ، ثم يُرْسِلُ إلى الذى يَلِيه كذلك إلى الآخِرِ ؛ لِما روَى عبدُ اللَّهِ بنُ أبى بَكْرِ بنِ عمرِو بنِ[٥] حَزْمٍ أنَّه بَلَغه أنَّ رسولَ

(١ - ١) سقط من : س ١، س ٢.

(٢ - ٢) سقط من : م.

والحديث أخرجه أبو داود ، فى : باب فى بيع فضل الماء ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/ ٢٤٩. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى بيع فضل الماء ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٢٧٢. وابن ماجه ، فى : باب النهى عن بيع الماء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢/ ٨٢٨.

كما أخرجه مسلم ، فى : باب تحريم بيع فضل الماء ...، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/ ١١٩٧. والنسائى ، فى : باب بيع الماء ، وباب بيع ضراب الجمل ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٧٠، ٢٧٣. والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٤١٧، ٤/ ١٣٨.

(٣) تقدم تخريجه فى ٥٥٣ .

(٤) بعده فى س ٢: « كان ».

(٥) سقط من : الأصل.

اللَّهِ ﷺ قال فى سَيْلِ مَهْزُورٍ ومُذَيْنِيبٍ[1] : « يُمْسِكُ حَتَّى يَبْلُغَ الكَعْبَيْنِ[2] ، ثُمَّ يُرْسِلُ الأَعْلَى إلى[3] الأَسْفَلِ » . أخْرَجه مالِكٌ فى « المُوَطَّأ »[4] . وعن عبدِ اللَّهِ بنِ الزُّبَيْرِ أنَّ رجلًا (5) مِن الأنصارِ (5) خاصَمَ الزُّبَيْرَ فى شِرَاجِ الحَرَّةِ التى يَسْقُون بها[6] ، فقال النبىُّ ﷺ : « اسْقِ يَا زُبَيْرُ ، ثُمَّ أَرْسِلِ المَاءَ إلَى جَارِكَ » . فغَضِبَ الأَنْصارِىُّ وقال : أن كان ابْنَ عَمَّتِك . فتَلَوَّنَ وَجْهُ رسولِ اللَّهِ ﷺ ، ثم قال : « يَا زُبَيْرُ اسْقِ ، ثُمَّ احْبِسِ المَاءَ حَتَّى (7) يَرْجِعَ إلَى (7) الجَدْرِ[8] » . مُتَّفَقٌ عليه[9] . وشِراجُ الحَرَّةِ ؛ مَسايِلُ الماءِ ، جَمْعُ شَرْجٍ ،

---

(1) قال عبد الملك بن حبيب : مهزور ومذينيب واديان من أودية المدينة ، يسيلان بالمطر ، وتتنافس أهل الحوائط فى سيلهما . المغنى ٨/ ١٦٩.

(2) فى ف : « الكعب » .

(3) سقط من : الأصل ، وفى ف : « على » .

(4) فى : باب القضاء فى المياه ، كتاب الأقضية . الموطأ ٢/ ٧٤٤.

كما أخرجه موصولا من حديث عبد اللَّه بن عمرو ، أبو داود ، فى : أبواب من القضاء ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢/ ٢٨٤. وابن ماجه ، فى : باب الشرب من الأودية ومقدار حبس الماء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢/ ٨٣٠.

(٥ - ٥) سقط من : م .

(6) بعده فى ف : « النخل » .

(٧ - ٧) فى الأصل : « يبلغ » ، وفى م : « يبلغ إلى » .

(8) الجدر : قال ابن الأثير : هو ما رفع حول المزرعة كالجدار . النهاية ١/ ٢٤٦.

(9) أخرجه البخارى ، فى : باب سكر الأنهار ، وباب شرب الأعلى قبل الأسفل ، وباب شرب الأعلى إلى الكعبين ، من كتاب المساقاة ، وفى : باب إذا أشار الإمام بالصلح ...، من كتاب الصلح ، وفى : باب ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ...﴾ ، من كتاب التفسير . صحيح البخارى ٣/ ١٤٥، ١٤٦، ٢٤٥، ٦/ ٥٧، ٥٨. ومسلم ، فى : باب وجوب اتباعه ﷺ ، من كتاب الفضائل . صحيح مسلم ٤/ ١٨٢٩، ١٨٣٠. =

وهو النَّهَرُ الصَّغِيرُ . ولأنَّ السابِقَ إلى أوَّلِ النَّهَرِ كالسابقِ إلى أوَّلِ المَشْرَعَةِ . وإن كانت أَرْضُ الأَوَّلِ بعضُها أَنْزَلُ مِن بَعْضٍ ، سَقَى كلَّ واحِدَةٍ على حِدَتِها .

فإن أرادَ إنسانٌ إحْياءَ أرْضٍ على النَّهَرِ ، بحيثُ إذا سَقاها يَسْتَضِرُّ أَهْلُ الأَرْضِ الشَّارِبَةِ منه ، مُنِعَ منه ؛ لأنَّ مَن مَلَكَ أرْضًا كانت له حُقُوقُها ومَرافِقُها ، واسْتِحْقاقُ السَّقْيِ مِن هذا النَّهَرِ مِن حقُوقِها ، فلا يَمْلِكُ غيرُه إبْطالَه .

فصل : فإنِ اشْتَرَكَ جَماعَةٌ فى اسْتِنْباطِ عَيْنٍ ، اشْتَرَكُوا فى مائِها ، وكان بينَهم على ما اتَّفَقُوا عليه عندَ اسْتِخْراجِها ، فإنِ اتَّفَقُوا على سَقْيِ أرْضِهم[1] منها بالمُهايأَةِ جاز ، وإن أرَادُوا قِسْمَتَه بنَصْبِ حَجَرٍ ، أو[2] خَشَبَةٍ مُسْتَوِيَةٍ فى مَصْدِمِ الماءِ ، فيها ثُقْبانِ[3] على قَدْرِ حَقِّ كُلِّ واحدٍ منهما ،

= كما أخرجه أبو داود ، فى : أبواب من القضاء ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢/ ٢٨٣، ٢٨٤. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرجلين يكون أحدهما أسفل من الآخر فى الماء ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/ ١١٩، ١٢٠. والنسائى ، فى : باب الرخصة للحاكم الأمين أن يحكم وهو غضبان ، وباب إشارة الحاكم بالرفق ، من كتاب القضاة . المجتبى ٨/ ٢٠٩، ٢١٥. وابن ماجه ، فى : باب تعظيم حديث رسول اللّه ...، من المقدمة ، وفى : باب الشرب من الأودية ومقدار حبس الماء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ١/ ٧، ٨، ٢/ ٨٢٩. والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/ ٥.

(١) فى س ١، ف : « أرضيهم » ، وفى ب : « أراضيهم » .

(٢) فى س ٢: « و » .

(٣) فى م : « نقبان » ، وغير منقوطة فى س ١، ب .

جاز، وتُخْرَجُ حِصَّةُ كُلٍّ واحِدٍ منهما فى (١ساقِيَةٍ مُفْرَدَةٍ١) . فإن أراد أحدُهما أن يَسْقِىَ بنَصِيبِه أرْضًا لا حَقَّ لها فى الشُّرْبِ منه، فله ذلك؛ لأنَّ الماءَ (٢لا حَقَّ٢) لغيرِه فيه، فكان له التَّصَرُّفُ فيه كيف شاء، كما لو انْفَرَدَ بالعَيْنِ. وفيه وَجْهٌ آخرُ أنَّه[٣] لا يجوزُ؛ لأنَّه يَجْعَلُ لهذه الأرْضِ رَسْمًا فى الشُّرْبِ منه، فَمُنِعَ منه، كما لو كان له دارَانِ مُتَلاصِقَتانِ فى دَرْبَيْنِ، أرادَ فَتْحَ إحْدَاهما إلى الأُخْرَى.

وليس لأحَدِهما فَتْحُ ساقِيَةٍ فى جانبِ النَّهَرِ قبلَ المَقْسِمِ، يأْخُذُ حَقَّه فيها، ولا أن يَنْصِبَ على حافَتَيِ النَّهَرِ رَحًى تَدُورُ بالماءِ، ولا غير ذلك؛ لأنَّ حَرِيمَ النَّهَرِ مُشْتَرَكٌ، فلم يَمْلِكِ التَّصَرُّفَ فيه بغيرِ إذْنِ شَرِيكِه.

فصل: ومَن سَبَقَ إلى مُباحٍ؛ كالسُّنْبُلِ الذى يَنْتَثِرُ مِن الحَصّادِينَ، وثَمَرِ الشَّجَرِ المُباحِ، والثَّلْجِ[٤]، وما يَنْبِذُه الناسُ رَغْبَةً عنه، فهو أحَقُّ به؛ للخَبَرِ. فإنِ اسْتَبَقَ إليه اثنان، قُسِمَ بينَهما؛ لأَنَّهما اشْتَرَكا فى السَّبَبِ، فاشْتَرَكا فى المَمْلُوكِ به، كما لو ابْتَاعَاه[٥].

(١ - ١) فى م: «ساقيته منفردة».

(٢ - ٢) فى س ٢: «لحق».

(٣) زيادة من: م.

(٤) فى م: «البلح».

(٥) فى الأصل: «ابتاعه».



[٢٣٠ظ] بابُ[1] الوَقْفِ

ومعْناه تَحْبِيسُ الأصْلِ، وتَسْبِيلُ الثَّمَرَةِ.

وهو مُسْتَحَبٌّ، لِما رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ أنَّه[2] قال: «إذَا مَاتَ الإِنْسَانُ انْقَطَعَ عَمَلُه إلَّا مِنْ ثَلَاثٍ؛ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ مِنْ بَعْدِه، أو[3] وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ، أوْ صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ». رَواه مسلمٌ[4].

ويجوزُ وَقْفُ الأَرْضِ؛ لِما رَوَى ابنُ عُمَرَ، رَضِىَ اللَّهُ عنهما، أنَّ عُمَرَ أَتَى النبىَّ ﷺ فقال: يا رسولَ اللَّهِ، إنِّى أصَبْتُ أرْضًا بخَيْبَرَ، لم أُصِبْ مالًا قَطُّ أَنْفَسَ عندِى منه، فما تَأْمُرُنِى فيها؟ قال: «إنْ شِئْتَ حَبَّسْتَ أَصْلَهَا، وتصَدَّقْتَ بِهَا، غَيْرَ أنَّه[5] لا يُبَاعُ أَصْلُهَا، ولا يُبْتَاعُ، وَلَا يُوهَبُ،

---

(١) فى م: «كتاب».

(٢) سقط من: الأصل.

(٣) فى م: «و».

(٤) فى: باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته، من كتاب الوصية. صحيح مسلم ٣/ ١٢٥٥.

كما أخرجه أبو داود، فى: باب فيما جاء فى الصدقة عن الميت، من كتاب الوصايا. سنن أبى داود ٢/ ١٠٦. والترمذى، فى: باب فى الوقف، من أبواب الأحكام. عارضة الأحوذى ٦/ ١٤٤. والنسائى، فى: باب فضل الصدقة عن الميت، من كتاب الوصايا. المجتبى ٦/ ٢١٠. والإمام أحمد، فى: المسند ٢/ ٣٧٢.

(٥) فى م: «أن».

ولَا يُورَثُ ». قال[(١)] : فتَصدَّقَ بها عُمَرُ، رَضِىَ اللَّهُ عنه[(٢)] ، فى الفُقَراءِ، وذَوِى[(٣)] القُرْبَى، والرِّقَابِ، وابنِ السَّبِيلِ، والضَّيْفِ، لا جُنَاحَ على مَن[(٤)] وَلِيَهَا أن يأْكُلَ منها، أو يُطْعِمَ صَدِيقًا بالمَعْرُوفِ، غيرَ مُتَأَثِّلٍ منه، أو غيرَ مُتَمَوِّلٍ فيه. مُتَّفَقٌ عليه[(٥)] .

ووَقْفُ السِّلاحِ والحَيَوانِ جائزٌ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ: «أَمَّا خَالِدٌ فإِنَّهُ قَدِ احْتَبَسَ أَدْراعَهُ وَأَعْتَادَهُ[(٦)] فِي سَبِيلِ اللَّهِ[(٧)] ». مُتَّفَقٌ عليه[(٨)] . وفى رِوايَةٍ:

---

(١) زيادة من: م.
(٢) بعده فى م: «على أن لا يباع ولا يوهب ولا يورث».
(٣) فى س ٢، ف: «ذى».
(٤) سقط من: الأصل.
(٥) أخرجه البخارى، فى: باب الشروط فى الوقف، من كتاب الشروط، وفى: باب ما للوصى أن يعمل فى مال اليتيم ...، وباب الوقف كيف يكتب، من كتاب الوصايا. صحيح البخارى ٣/ ٢٦٠، ٤/ ١١، ١٢، ١٤. ومسلم، فى: باب الوقف، من كتاب الوصية. صحيح مسلم ٣/ ١٢٥٥، ١٢٥٦.
كما أخرجه أبو داود، فى: باب ما جاء فى الرجل يوقف الوقف، من كتاب الوصايا. سنن أبى داود ٢/ ١٠٥. والترمذى، فى: باب فى الوقف، من أبواب الأحكام. عارضة الأحوذى ٦/ ١٤٣. والنسائى، فى: باب كيف يكتب الحبس ...، من كتاب الأحباس. المجتبى ٦/ ١٩١، ١٩٢. وابن ماجه، فى: باب من وقف، من كتاب الصدقات. سنن ابن ماجه ٢/ ٨٠١. والإمام أحمد، فى: المسند ٢/ ١٢، ١٣، ٥٥، ١٢٥.
(٦) قال الخطابى: العتاد كل ما أعده الرجل من سلاح أو مركوب وآلة للجهاد. معالم السنن ٢/ ٥٣.
(٧) بعده فى الأصل: «عز وجل».
(٨) أخرجه البخارى، فى: باب قول اللَّه تعالى: ﴿وفى الرقاب ...﴾، من كتاب الزكاة، وفى: باب ما قيل فى درع النبى ﷺ ...، من كتاب الجهاد. صحيح البخارى ٢/ ١٥١، ٤/ ٤٩. ومسلم، فى: باب فى تقديم الزكاة ومنعها، من كتاب الزكاة. صحيح مسلم ٢/ ٦٧٧.=

« وَأَعْتُدَهُ »[1] . ويَصِحُّ وَقْفُ كُلِّ عَيْنٍ يُنْتفَعُ بها مع بَقاءِ عَيْنِها دائمًا ؛ قِياسًا على المَنْصُوصِ عليه . ويَصِحُّ وَقْفُ المُشاعِ ؛ لأَنَّ فى حديثِ عُمَرَ أنَّه أصابَ مِائةَ سَهْمٍ مِن خَيْبَرَ ، فأَمَرَه النبىُّ ﷺ بوَقْفِها[2] . وهذا صِفَةُ المُشاعِ ، ولأَنَّ القَصْدَ تَحْبِيسُ الأَصْلِ ، وتَسْبِيلُ المَنْفَعَةِ ، وهذا يَحْصُلُ فى المُشاعِ ، كحُصُولِه فى[3] المُفْرَزِ . ويصِحُّ وَقْفُ عُلْوِ الدّارِ دُونَ سُفْلِها ، وسُفْلِها[4] دُونَ عُلْوِها ؛ لأَنَّهما عَيْنانِ يجوزُ وَقْفُهما[5] ، فجاز وَقْفُ أحَدِهما ، كالدَّارَيْنِ .

فصل : ولا يَصِحُّ وَقْفُ ما لا يُنْتَفَعُ به مع بَقاءِ عَيْنِه ؛ كالأَثْمانِ ، والمأْكُولِ ، والمَشْرُوبِ ، والشَّمْعِ ؛ لأَنَّه لا[6] يحْصُلُ تَسْبِيلُ ثَمَرَتِه مع بَقائِه . [7]ولا ما[7] يُسْرِعُ إليه الفَسادُ ، كالرَّياحِينِ ؛ لأَنَّها لا تَتَباقَى[8] .

= كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى تعجيل الزكاة ، من كتاب الزكاة . سنن أبى داود ١/ ٣٧٦. والنسائى ، فى : باب إعطاء السيد المال بغير اختيار المصدق ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٥/ ٢٤. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٣٢٢.

(١) فى س ٢: « وأعبده » .

(٢) أخرجه النسائى ، فى : باب حبس المشاع ، من كتاب الأحباس . المجتبى ٦/ ١٩٣. وابن ماجه ، فى : باب من وقف ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢/ ٨٠١.

(٣) فى س ١، س ٢، م : « من » .

(٤) فى الأصل : « أسفلها » .

(٥) بعده فى س ٢: « كالأثمان » .

(٦) سقط من : الأصل .

(٧ - ٧) فى الأصل : « وما لا » .

(٨) فى الأصل : « تبقى » .

(1) ولا ما(1) لا يجوزُ بَيْعُه ؛ كالكَلْبِ ، والخِنْزِيرِ ، ولا المَرْهُونِ ، والحَمْلِ المُنْفَرِدِ ، ولا أُمِّ الوَلَدِ ؛ لأنَّ الوَقْفَ تَمْلِيكٌ ، فلا يَجُوزُ فى هذه ، كالبَيْعِ .

ولا يجوزُ فى غيرِ مُعَيَّنٍ ؛ كأحَدِ هذَيْنِ العَبْدَيْنِ ، وفَرَسٍ ، وعَبْدٍ ؛ لأنَّه نَقْلُ مِلْكٍ على وَجْهِ القُرْبَةِ ، فلم يَصِحَّ فى غيرِ مُعَيَّنٍ ، كالهِبَةِ .

فصل : ولا يَصِحُّ الوَقْفُ إلَّا على بِرٍّ ؛ كالمَساجِدِ ، والقَناطِرِ ، والفُقَراءِ ، والأقارِبِ ، أو آدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ ، مُسْلِمًا كان أو ذِمِّيًّا ؛ لأنَّه فى مَوْضِعِ القُرْبَةِ ، ولهذا جازَتِ الصَّدَقَةُ عليه .

ولا يَصِحُّ على غيرِ ذلك ؛ كالبِيَعِ ، وكَتْبِ التَّوْراةِ ، والإنْجِيلِ ؛ لأنَّ هذا إعانَةٌ على المَعْصِيَةِ ، فإنَّ(2) هذه الكُتُبَ مَنْسُوخَةٌ [٢٣١و] قد بُدِّلَ(3) بعضُها ، وقد غَضِبَ النبيُّ ﷺ حينَ رأَى مع عُمَرَ شيئًا اسْتَكْتَبَه منها(4) . ولا على قُطَّاعِ الطَّرِيقِ ؛ لأنَّه إعانَةٌ على المَعْصِيَةِ ، والقَصْدُ بالوَقْفِ القُرْبَةُ . ولا على مَن لا(5) يَمْلِكُ ؛ كالمَيِّتِ ، والمَلَكِ ، والجِنِّيِّ ؛ لأنَّ الوَقْفَ تَمْلِيكٌ فى الحَياةِ . ولا على عَبْدٍ ، أو أُمِّ وَلَدٍ ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ فى رِوايَةٍ . وفى أُخْرَى ، مِلْكُه غيرُ لازِمٍ . والوَقْفُ لا يجوزُ أن يكونَ مُتَزَلْزِلًا . ولا على

(١ - ١) فى الأصل : « وما لا » .

(٢) فى الأصل : « لأن » ، وفى م : « ولأن » .

(٣) فى الأصل : « ترك » .

(٤) أخرجه الدارمى ، فى : باب ما يتقى من تفسير حديث النبى ﷺ وقول غيره عند قوله ﷺ ، من المقدمة . سنن الدارمى ١/ ١١٥، ١١٦. والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٣٨٧. وانظر إرواء الغليل ٦/٣٤ - ٣٨.

(٥) سقط من : س ٢.

حَرْبِيٌّ أو[1] مُرْتَدٌّ ؛ لأنَّ مِلْكَهما[2] تجوزُ إزَالَتُه[3] ، والوَقْفُ يجبُ أن يكونَ لازِمًا . ولا على غيرِ مُعَيَّنٍ ؛ كرَجُلٍ ، أو[4] امرأةٍ ؛ لأنَّ تَمْلِيكَ غيرِ المُعَيَّنِ لا يَصِحُّ . فإن قيل : فكيفَ جازَ الوَقْفُ على المَساجِدِ وهى لا تَمْلِكُ ؟ قلنا : الوَقْفُ إنَّما هو على المسلمين ، لكن عُيِّنَ نَفْعًا خاصًّا لهم .

فصل : ولا يَصِحُّ تَعْلِيقُه على شَرْطٍ مُسْتَقْبَلٍ ؛ لأنَّه عَقْدٌ يَبْطُلُ بالجَهالَةِ ، فلم يَجُزْ تَعْلِيقُه على شَرْطٍ مُسْتَقْبَلٍ ، كالبَيْعِ ، إلَّا أن يقولَ : هو وَقْفٌ بعدَ مَوْتِى . فيَصِحُّ ، ويكونَ وَصِيَّةً يُعْتَبَرُ خُروجُه مِن الثُّلُثِ ؛ لأنَّه تَبَرُّعٌ مَشْرُوطٌ بالمَوْتِ ، فكان وَصِيَّةً ، كما لو قال : إذا مِتُّ فهذا صدَقَةٌ للمَساكِينِ . وجَعَل القاضى وأبو الخَطَّابِ تَعْلِيقَ الوَقْفِ على المَوْتِ كتَعْلِيقِه على شَرْطٍ فى الحَياةِ . فلا يَصِحُّ فى المَوْضِعَيْن إلَّا على قولِ الخِرَقِيِّ . والأَوْلَى التَّفْرِيقُ بينَهما ؛ لأنَّ تَعْلِيقَه بالمَوْتِ وَصِيَّةٌ ، فجازَ ، كما لو قال : إذا مِتُّ فدارِى لفُلانٍ . أو : أَبْرَأْتُه مِن دَيْنِى عليه . ولا يَلْزَمُ مِن جوازِ ذلك صِحَّةُ تَعْلِيقِ الهِبَةِ والإِبْرَاءِ على شَرْطٍ فى الحَياةِ ، كذا هٰهُنا .

ولا يجوزُ الوَقْفُ إلى مُدَّةٍ ؛ لأنَّه إخْرَاجُ مالٍ على سَبِيلِ القُرْبَةِ ، فلم يَجُزْ إلى مُدَّةٍ ، كالصدقةِ[5] . فإن شَرَط فيه الخِيارَ ، أو شَرَط

---

(١) فى الأصل : « ولا » .

(٢) فى الأصل : « ملكها » .

(٣) فى الأصل : « إزالتها » .

(٤) فى الأصل ، ف : « و » .

(٥) فى الأصل : « كالعتق » .

(١الرُّجُوعَ فيه١) إذا شاءَ، أو يَبِيعُه إذا احْتاجَ، أو(٢) يُدْخِلُ فيه مَن شاءَ، لم يَصِحَّ؛ لأنَّه إخْراجُ مِلْكٍ(٣) على سَبِيلِ القُرْبَةِ، فلم يَصِحَّ مع هذه الشُّروطِ، كالعِتْقِ(٤).

فصل: وإنْ شَرَط أن يأْكُلَ منه أيَّامَ حَياتِه، أو مُدَّةً بعَيْنِها(٥)، فله شَرْطُه. نَصَّ عليه أحمدُ، واحْتَجَّ بما رَوَى حُجْرٌ المَدَرِيُّ، أنَّ فى صدَقَةِ رسولِ اللَّهِ ﷺ أن يأْكُلَ أهْلُه بالمَعْرُوفِ غيرِ المُنْكَرِ(٦). ولأنَّ عُمَرَ، رَضِىَ اللَّهُ عنه، قال فى وَقْفِه: لا جُناحَ على مَن وَلِيَها أن يَأْكُلَ منها، أو يُطْعِمَ صَدِيقًا(٧). و(٨) كان الوَقْفُ فى يَدِه إلى أن ماتَ. ولأنَّه لو وَقَف وَقْفًا عامًّا؛ كالسِّقايَةِ(٩)، والمَسْجِدِ، لكان له أن يَنْتَفِعَ منه، كذلك إذا خَصَّه بانْتِفاعِه.

فصل: وإن وَقَف على نَفْسِه(١٠)، ففيه رِوايَتانِ؛ إحْداهما، لا يَصِحُّ؛

(١ - ١) فى م: «فيه الرجوع».

(٢) بعده فى م: «لم».

(٣) فى م: «مال».

(٤) فى س ١، ف، ب: «كالصدقة».

(٥) فى م: «يعينها».

(٦) أخرجه ابن أبى شيبة، فى: المصنف ٦/ ٢٥٣، ١٤/ ١٦٧. وانظر التكميل لما فات تخريجه من إرواء الغليل ١٠٠.

(٧) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٧٢.

(٨) فى الأصل: «أو».

(٩) انظر تفسير معنى السقاية فى الإنصاف مع المقنع والشرح الكبير ١٦/ ٣٦٥.

(١٠) بعده فى س ٢، م: «ثم على أولاده».

لأنَّ الوَقْفَ تَمْلِيكٌ ، فلم يَصِحَّ أن يُمَلِّكَ نَفْسَه به ، كالبَيْعِ . والثانيةُ ، يَصِحُّ ؛ لأنَّه لـمَّا جازَ أن يَشْتَرِطَ لنَفْسِه منه شيئًا ، جاز أن يَخْتَصَّ به أيَّامَ حَياتِه ، كالوَصِيَّةِ .

فصل: ولا يكونُ الوَقْفُ إلَّا على سَبِيلٍ غيرِ مُنْقَطِعٍ ؛ كالفُقَراءِ ، والمَساكِينِ ، [٢٣١ظ] وطَلَبَةِ العِلْمِ ، والمَساجِدِ ، أو على رجلٍ بعَيْنِه ، ثم على ما[١] لا يَنْقَطِعُ . فإن وَقَفه على رجلٍ بعَيْنِه وسَكَت ، صَحَّ ، وكان مُؤَبَّدًا ؛ لأنَّ مُقْتَضاه التَّأْبِيدُ ، فحُمِلَ فيما سَمّاه على ما شَرَطَه ، وفيما سَكَت عنه على مُقْتَضاه ، ويَصِيرُ كأنَّه وَقَف مُؤَبَّدًا[٢] ، و[٣]قَدَّمَ المُسَمَّى على غيرِه . فإذا انْقَرَضَ المُسَمَّى ، صُرِفَ إلى أقارِبِ الواقِفِ ؛ لأنَّهم أحَقُّ الناسِ بصَدَقَتِه ، بدَلِيلِ قولِ النبيِّ ﷺ : « صَدَقَتُكَ عَلَى غَيْرِ رَحِمِكَ صَدَقَةٌ ، وصَدَقَتُكَ عَلَى رَحِمِكَ صَدَقَةٌ وَصِلَةٌ »[٤] . وعنه ، أنَّه يَرْجِعُ إلى المَساكِينِ ؛ لأنَّهم مَصارِفُ الصَّدَقاتِ المَفْروضاتِ ؛ كالزَّكَواتِ والكَفَّاراتِ . والأَوَّلُ ظاهِرُ المذهبِ . وظاهِرُ كَلامِ أحمدَ والخِرَقِيِّ ، أنَّه يَرْجِعُ إلى الأغْنِياءِ والفُقَراءِ مِن أقارِبِه ؛ لأنَّ الوَقْفَ يَسْتَوِي فيه الغَنِيُّ والفقيرُ . ويَحْتَمِلُ أن يَخْتَصَّ الفُقَراءَ ؛ لأنَّهم مَصْرِفُ الصَّدَقاتِ . ويَرْجِعُ إلى جميعِ الوَرَثَةِ ، في إحْدَى الرِّوايَتَيْن ؛ لأنَّه يُصْرَفُ إليهم مَالُه عندَ

---

(١) في ب : « من » .

(٢) في م : « مؤبد » .

(٣) في م : « أو » .

(٤) تقدم تخريجه في ٢/ ٢١١، ٢١٢.

مَوْتِه . والثانيةُ ، يَرْجِعُ إلى أقْرَبِ عَصَبَةِ الواقِفِ ؛ لأنَّه مَصْرِفُ وَلاءِ مُعْتِقيه[1] ، وعليهم عَقْلُه ، فَخُصُّوا بهذا . ويكونُ وَقْفًا على مَن رَجَع إليه ؛ لأنَّه إنَّما صُرِفَ[2] إليهم بوَقْفِ مالِكِه[3] له ، والوَقْفُ يَقْتَضِى التَّأْبِيدَ ، فإذا انْقَرَضُوا رَجَع إلى المَساكِينِ ، وإن لم يكنْ له أقارِبُ ، رَجَع إلى المَساكِينِ ؛ لتَعَيُّنِهم .

ولو جَعَل الانْتِهاءَ ممَّا[4] لا يجوزُ الوَقْفُ عليه ، فقال : وَقَفْتُ على أوْلَادِى ، ثم على البِيَعِ[5] . فحُكْمُه حُكْمُ ما لم يُسَمِّ له انْتِهاءً ؛ لأنَّ ذِكْرَ ما لا يَجُوزُ كعَدَمِه . وإن قال : وَقَفْتُ دَارِى . ولم يَذْكُرْ سَبيلَها[6] ، صَحَّ فى قِياسِ المَذْهَبِ ؛ لأنَّه إزالَةُ مِلْكٍ على سَبِيلِ القُرْبَةِ ، فصَحَّ مُطْلَقًا ، كالعِتْقِ ، وحُكْمُه حُكْمُ مُنْقَطِعِ الانْتِهاءِ .

فصل : فإن قال : وَقَفْتُ على هذا العَبْدِ . ولم يَذْكُرْ له مآلًا ، فهو باطِلٌ ؛ لأنَّه مُنْقَطِعُ الابْتِداءِ والانْتِهاءِ . وإن جَعَل له مَآلًا يجوزُ الوَقْفُ عليه ، فقال : ثم على المَساكِينِ . صَحَّ ؛ لأنَّه جَمَع فيه بينَ ما يجوزُ وما لا يجوزُ ، فصَحَّ ، كما لو وَقَفه على أوْلَادِه ، ثم على البِيَعِ . ويَحْتَمِلُ أن تُخَرَّجَ صِحَّتُه على الرِّوايَتَيْن فى تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ . فإن قُلْنا بصِحَّتِه ، وكان

---

(1) فى م : « معتقه » .
(2) فى الأصل : « انصرف » .
(3) فى م : « ملكه » .
(4) فى الأصل : « ما » .
(5) فى الأصل : « المبيع » .
(6) فى م : « سبلها » .

مَن لا يَصِحُّ الوَقْفُ عليه لا يُمْكِنُ اعْتِبارُ انْقِراضِه ؛ كالمَيِّتِ ، والمجْهُولِ ، صُرِفَ فى الحالِ إلى مَن يَجُوزُ ؛ لأنَّ ذِكْرَ مَن لا يَجُوزُ كعَدَمِه . وإن أمْكَنَ اعْتِبارُ انْقِراضِه ، كعَبْدٍ مُعَيَّنٍ ، احْتَمَلَ ذلك أيضًا ؛ لذلك ، واحْتَمَلَ أن يُصْرَفَ إلى أقارِبِ الواقِفِ إلى[1] أن يَنْقَرِضَ مَن لا يجوزُ الوَقْفُ عليه ، ثم يُصْرَفَ إلى مَن يَجُوزُ ؛ لأنَّ وَقْفَه على مَن يَجُوزُ مَشْرُوطٌ بانْقِراضِ مَن لا يَجُوزُ ، فكأنَّ الوَقْفَ قبلَ ذلك لا مَصْرِفَ له ، فصُرِفَ إلى الأقارِبِ ؛ كمُنْقَطِعِ الانْتِهاءِ .

فصل : ويَصِحُّ الوَقْفُ بالقَوْلِ والفِعْلِ الدَّالِّ[2] عليه ؛ مِثْلَ أن يَبْنِىَ مَسْجِدًا ، ويَأْذَنَ للناسِ فى الصَّلاةِ فيه ، أو مَقْبَرَةً ، ويَأْذَنَ لهم فى الدَّفْنِ فيها ، أو سِقَايَةً ويَشْرَعَ بابَها ، ويَأْذَنَ فى دُخُولِها ؛ لأنَّ العُرْفَ [٢٣٢و] جارٍ به ، وفيه دَلالَةٌ على الوَقْفِ ، فجاز أن يَثْبُتَ به ، كالقولِ ، وجَرَى مَجْرَى مَن قدَّمَ طَعامًا لضِيفانِه ، أو نَثَر نِثارًا ، أو صَبَّ فى خَوابِى[3] السَّبِيلِ ماءً .

وأمَّا القَوْلُ ، فألفاظُه سِتَّةٌ ؛ ثلاثَةٌ صَرِيحَةٌ ؛ وهى : وَقَفْتُ ، وحَبَّسْتُ ، وسَبَّلْتُ . متى أَتَى بواحِدَةٍ منها ، صارَ وَقْفًا ؛ لأنَّه ثَبَت لها عُرْفُ الاسْتِعْمالِ ، وعُرْفُ الشَّرْعِ بقولِ النبىِّ ﷺ لعُمَرَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه : « إن شِئْتَ حَبَّسْتَ أَصْلَهَا ، وسَبَّلْتَ ثَمَرَتَهَا »[4] . فصارَتْ كلَفْظِ الطَّلاقِ فيه .

---

(١) فى الأصل : « إلا » .

(٢) فى الأصل : « والدال » .

(٣) الخوابى ؛ جمع خابية : وهو وعاء الماء الذى يحفظ فيه .

(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٧٢.

وثلاثةٌ كِنَايَةٌ ، وهى : تَصَدَّقْتُ ، وحَرَّمْتُ ، وأَبَّدْتُ . فليست صَرِيحَةً ؛ لأَنَّها مُشْتَرَكَةٌ بينَ الوَقْفِ وغيرِه مِن[1] الصَّدَقاتِ والتَّحْرِيماتِ . فإن نَوَى[2] بها الوَقْفَ ، أو قَرَن[3] بها لَفْظًا مِن الألفاظِ الخَمْسَةِ ، أو حُكْمَ الوَقْفِ ، بأن يقولَ : صَدَقَةٌ مُحَبَّسَةٌ ، أو مُحَرَّمَةٌ ، أو مُؤَبَّدَةٌ ، أو صَدَقَةٌ لا تُباعُ ، ولا تُوهَبُ ، ولا تُورَثُ . صارَ وَقْفًا ؛ لأَنَّه لا[4] يَحْتَمِلُ مع هذه القَرَائِنِ إلَّا[4] الوَقْفَ .

فصل : ولا يجوزُ التَّصَرُّفُ فى الوَقْفِ بما يَنْقُلُ المِلْكَ فى الرَّقَبةِ ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ فى حَديثِ عُمَرَ : « لَا يُبَاعُ أَصْلُهَا ، ولَا يُوهَبُ ، وَلَا يُورَثُ »[5] . ولأَنَّ مُقْتَضَى الوَقْفِ التَّأْبِيدُ ، وتَحْبِيسُ الأَصْلِ ، بدَلِيلِ أنَّ ذلك مِن بَعْضِ أَلْفاظِه ، والتَّصَرُّفُ فى رَقَبَتِه يُنَافِى ذلك .

فصل : والوَقْفُ يُزِيلُ مِلْكَ الواقِفِ ؛ لأَنَّه يُزِيلُ مِلْكَه عن التَّصَرُّفِ فى العَيْنِ والمَنْفَعَةِ ، فأَزالَ مِلْكَه عن الرَّقَبَةِ ، كالعِتْقِ ، ويُزِيلُ المِلْكَ بمُجَرَّدِ[6] لَفْظِه ؛ لأَنَّ الوَقْفَ[7] يَحْصُلُ به . وعنه ، لا يَحْصُلُ إلَّا بإخْراجِه عن يَدِه ،

---

(١) فى الأصل : « فى » .

(٢) فى م : « قرن » .

(٣) فى م : « نوى » .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٧٢.

(٦) فى س ١: « مجرد » .

(٧) فى الأصل : « اللفظ » .

قال أحمدُ : الوَقْفُ المَعْرُوفُ أن يُخرِجَه مِن يَدِه ، يُوَكِّلُ[(1)] مَن يقُومُ به ؛ لأَنَّه تَبَرُّعٌ ، فلم يَلْزَمْ[(2)] بمُجَرَّدِه ؛ كالهِبَةِ والوَصِيَّةِ . والأَوَّلُ المَشْهُورُ ؛ لحديثِ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عنه ، ولأنَّه تبَرُّعٌ يَمْنَعُ البَيْعَ والهِبَةَ والمِيراثَ ، فلَزِمَ بمُجَرَّدِه ، كالعِتْقِ .

ولا يَفْتَقِرُ إلى قَبُولٍ . ويَحْتَمِلُ أنَّه متى كان على آدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ ، افْتَقَرَ إلى القَبُولِ ؛ لأَنَّه تَبَرُّعٌ لآدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ ، أشْبَهَ الهِبَةَ ، فإن لم يَقْبَلْ ، أو رَدَّه ، بَطَل في حقِّه ، ولم يَبْطُلْ في حَقِّ مَن بعدَه ، وصارَ كالوَقْفِ على مَن لا يَصِحُّ ، ثم على مَن يَصِحُّ . وعلى الظَّاهِرِ مِن المَذْهَبِ ، أنَّه لا يَفْتَقِرُ إلى القَبُولِ ، ولا يَبْطُلُ بردِّه ؛ لأنَّه إزالَةُ مِلْكٍ على وَجْهِ القُرْبَةِ ، أشْبَهَ العِتْقَ والوَقْفَ على غيرِ مُعَيَّنٍ .

فصل : وَينْتَقِلُ المِلْكُ في الوَقْفِ إلى المَوْقُوفِ عليه ، في ظاهِرِ المَذْهَبِ ؛ لأَنَّه سَبَبُ نَقْلِ المِلْكِ ، ولم يُخْرِجْه عن المَالِيَّةِ ، وُجِدَ إلى مَن يَصِحُّ تَمْلِيكُه ، أشْبَهَ البَيْعَ والهِبَةَ . وعنه ، لا يَمْلِكُه ، ويكونُ المِلْكُ للَّهِ تعالى ؛ لأنَّه حَبْسٌ للعَيْنِ وتَسْبِيلٌ للمَنْفَعَةِ على وَجْهِ القُرْبَةِ ، فأَزالَ المِلْكَ إلى اللَّهِ سبحانه ، كالعِتْقِ .

فصل : ويَمْلِكُ المَوْقُوفُ عليه غَلَّتَه ، وثَمَرَتَه ، وصُوفَه ، ولَبَنَه ؛ لأنَّه مِن غَلَّتِه ، فهو كالثَّمَرَةِ ، ويَمْلِكُ [٢٣٢ظ] تَزْوِيجَ الأَمَةِ ؛ لأنَّه عَقْدٌ على نَفْعِها ،

---

(١) في ف ، م : « ويوكل » .

(٢) في ف : « يزل » .

فأَشْبَهَ إجارَتَها ، ويَمْلِكُ مَهْرَها ؛ لأنَّه بَدَلُ نَفعِها ، أشْبَهَ أُجْرَتَها . وإن وَلَدَت ، فوَلَدُها وَقْفٌ معها ؛ لأنَّ الوَقْفَ حُكْمٌ ثَبَت فى الأُمِّ ، فَسَرَى إلى الوَلَدِ ؛ كالاسْتِيلادِ والكِتابَةِ . ولا يَمْلِكُ المَوْقُوفُ عليه وَطْأَهَا ؛ لأنَّ مِلْكَه فيها ضَعِيفٌ ، ولا يُؤْمَنُ إفْضَاؤُه إلى إخْراجِها مِن الوَقْفِ . فإن وَطِئَها ، فلا حَدَّ عليه ؛ لأنَّها[1] مِلْكُه ، ولا مَهْرَ عليه ؛ لذلك . وإن لم تَلِدْ منه ، فهى وَقْفٌ بحالِها ، وإن وَلَدت منه ، فالوَلَدُ حُرٌّ ؛ لأنَّه مِن مَالِكِها ، وعليه قِيمَتُه يَوْمَ الوَضْعِ[2] ؛ لأنَّه فَوَّتَ رِقَّه ، ويَشْتَرِى بها عَبْدًا يكونُ وَقْفًا مَكانَه ، وتَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ له ؛ لأنَّه أحْبَلَها بِحُرٍّ فى مِلْكِه ، فإذا ماتَ[3] ، عَتَقَتْ ، ووَجَبَتْ قِيمَتُها فى تَرِكَتِه حِينَئِذٍ ؛ لأنَّه أتْلَفَها على مَن بعدَه ، ويَشْتَرِى بالقِيمَةِ جارِيَةً تكونُ وَقْفًا مَكانَها . وإن قُلْنا : ليست مِلْكًا له . لم تَصِرْ أُمَّ وَلَدٍ بوَطْئِه .

فصل : وإن أتْلَفَ الوَقْفَ أجْنَبِيٌّ ، أو الواقِفُ ، أو المَوْقُوفُ عليه ، فعليه قِيمَتُه يَشْتَرِى[4] بها مِثْلَه يقومُ مَقامَه ؛ لأنَّ المَوْقُوفَ عليه لا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فى رَقَبَتِه ، إنَّما له نَفْعُه . وإنْ وُطِئَتِ الجارِيَةُ بشُبْهَةٍ ، فوَلَدُها حُرٌّ ، وعلى الواطِئِ قِيمَتُه يومَ وَضْعِه ، يَشْتَرِى بها ما يقومُ مَقامَه . وإن جَنَى الوَقْفُ[5] ،

---

(١) فى الأصل : « لأنه » .

(٢) فى ب : « يوضع » . وفى م : « وضعه » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) فى الأصل : « ويشترى » .

(٥) فى م : « الموقف » .

تعلَّقَت جِنايَتُه بالمَوْقُوفِ عليه ؛ لأنَّه[1] يَمْلِكُه[2] ، ولم تتعلَّقْ بالوَقْفِ ؛ لأنَّ رقَبَتَه ليست مَحَلًّا للبَيْعِ ، فتعَلَّقَت بمالِكِه ، كأُمِّ الوَلَدِ .

فصل : وتُصْرَفُ الغَلَّةُ على ما شَرَط الواقِفُ ؛ مِن التَّسْوِيَةِ والتَّفْضِيلِ ، والتَّقْدِيمِ والتأْخِيرِ ، والجَمْعِ والتَّرْتِيبِ ، وإدْخالِ مَن أدْخَلَه بصِفَةٍ ، و[3]إخْراجِ مَن أخْرَجَه بصِفَةٍ ؛ لأنَّه ثَبَت بوَقْفِه ، فوَجَب أن يُتَّبَعَ فيه شَرْطُه ، ولأنَّ عُمَرَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، وَقَف أرْضَه على الفُقَراءِ ، وذَوِى[4] القُرْبَى ، والرِّقَابِ ، وابنِ السَّبِيلِ ، والضَّيْفِ ، وجَعَل لمَن وَلِيَها أن يأْكُلَ منها ، أو يُطْعِمَ صَدِيقًا[5] . ووَقَف الزُّبَيْرُ على وَلَدِه ، وجَعَل للمَرْدُودَةِ مِن بَناتِه أن تَسْكُنَ غيرَ[6] مُضِرَّةٍ ولا مُضَرٍّ[7] بها ، فإذا اسْتَغْنَتْ بزَوْجٍ فلا حَقَّ لها فيه[8] .

فصل : فإذا قال : وَقَفْتُ على أوْلَادِى . دَخَل فيه الذَّكَرُ منهم[9]

---

(١) بعده فى س ٢ : « لا » .

(٢) فى س ١ : « ملكه » .

(٣) فى الأصل : « أو » .

(٤) فى س ٢ : « ذى » .

(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٧٢، ٥٧٣ .

(٦) فى الأصل : « غيره » .

(٧) فى م : « مضرا » .

(٨) أخرجه البخارى تعليقا ، فى : باب إذا وقفت أرضا أو بئرا ... ، من كتاب الوصايا . صحيح البخارى ٤/ ١٥ . ووصله الدارمى ، فى : باب فى الوقف ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمى ٢/ ٤٢٧ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٦/ ١٦٦، ١٦٧ .

(٩) سقط من : الأصل .

والأُنْثَى والخُنْثَى ؛ لأنَّ الجميعَ أَوْلادٌ . وهل يَدْخُلُ فيه وَلَدُ الوَلَدِ؟ فيه رِوايَتانِ ؛ إحداهما ، يدْخُلون ؛ لأنَّهم دَخَلُوا فى قَوْلِ اللَّهِ تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ ﴾[1] . وفى قَوْلِه عَزَّ وَجَلَّ : ﴿ وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ ﴾[2] . فعلى هذه الرِّوايَةِ ، يَدْخُلُ وَلَدُ البَنِينَ دُونَ وَلَدِ البَناتِ ؛ لأنَّ وَلَدَ البَنِينَ هم الذين دَخَلُوا فى النَّصِّ دُونَ وَلَدِ البَناتِ . وقالَ الشاعرُ[3] :

بَنُونا بنو أَبْنائِنا وَبَناتُنا ... بَنُوهُنَّ أَبْناءُ الرِّجالِ الأَجانِبِ

[٢٣٣و] والثانيةُ ، لا يَدْخُلُ وَلَدُ الوَلَدِ ؛ لأنَّ وَلَدَه حَقِيقَةً وَلَدُ صُلْبِه ، والكَلامُ بحَقِيقَتِه[4] ، إلَّا أن يَقْتَرِنَ[5] به ما يَدُلُّ على إدخالِهم ؛ كقولِه : وَقَفْتُ على أوْلادِى ؛ لوَلَدِ الذُّكُورِ الثُّلُثانِ ، ولوَلَدِ[6] الإناثِ الثُّلُثُ . ونحوه . فإن قال : وَقَفْتُ على أوْلادِى ، فإذا انْقَرَضَ أوْلادُ أوْلادِى ، فهو على المَساكِينِ . دَخَل أوْلادُ الأَوْلادِ فى الوَقْفِ ؛ لأنَّ قَرِينَةَ اشْتِراطِ انْقِرَاضِهم دليلٌ على أنَّهم أُرِيدُوا به . وقيل : لا يَدْخُلُون[7] أيضًا ؛ لأنَّ

---

(١) بعده فى الأصل : ﴿للذكر مثل حظ الأنثيين﴾ ، والآية من سورة النساء ١١.

(٢) سورة النساء ١٧٦.

(٣) نسب البيت للفرزدق ، انظر : خزانة الأدب ١/ ٤٤٤، ٤٤٥. وبدون نسبة فى : الحماسة لأبى تمام ١/ ٢٧٤، وشرح المفصل ١/ ٩٩، ٩/ ١٣٢. وانظر حاشية دلائل الإعجاز ٣٧٤. وقافيته فى هذه المصادر : « الأباعد » .

(٤) فى س ٢: « لحقيقته » ، وفى م : « على حقيقته » .

(٥) فى ب : « يعترف » ، وفى م : « يقرن » .

(٦) فى م : « ولد » .

(٧) بعده فى س ١: « به » .

اللَّفْظَ لا يَتناوَلُهم ، بل يكونُ وَقْفًا مُنْقَطِعَ الوَسَطِ ، يُصْرَفُ بعدَ[١] أوْلادِه إلى مَصْرِفِ الوَقْفِ المُنْقَطِعِ ، فإذا انْقَرَض أوْلادُ أوْلادِه ، صُرِف إلى المَساكِينِ .

وإن وَصَل لفْظَه بما يقْتَضِى تَخْصِيصَ أوْلادِه ، فقال : وَقَفْتُ على ولَدِى لصُلْبِى . أو قال : على أوْلادِى ، ثم على أوْلادِهم . اخْتَصَّ بالوَلَدِ وَجْهًا واحدًا .

ومتى كان الوَقْفُ على الأوْلادِ[٢] مُطْلَقًا ، سُوِّىَ فيه بينَ الذَّكَرِ والأُنْثَى والخُنْثَى ؛ لاقْتِضاءِ لَفْظِه التَّسْوِيَةَ[٣] ؛ كقَوْلِه تعالى فى وَلَدِ الأُمِّ : ﴿ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ ﴾[٤] . وإن كان فى لَفْظِه تَفْضِيلُ بعضِهم ، فهو كذلك ، وإن كانَ له حَمْلٌ ، لم يَدْخُلْ فى الوَقْفِ حتى يَنْفَصِلَ ، ثم يَسْتَحِقَّ ما يَحْدُثُ مِن الغَلَّةِ بعدَ انْفصالِه ، دونَ ما كان مَوْجُودًا قبلَه ؛ كالثَّمَرةِ المُؤَبَّرَةِ ، والزَّرْعِ المُدْرَكِ ؛ لأنَّه لا[٥] يُسَمَّى ولَدًا قبلَ الانْفِصالِ . وإن نَفَى وَلَدَه بلِعانٍ ، خَرَج مِن الوَقْفِ بخُروجِه عن كَوْنِه وَلَدًا له .

فصل : وإن وَقَف على بَنِيه ، لم يدْخُلْ فيه بِنْتٌ ولا خُنْثَى ؛ لأنَّه لا يُعْلَمُ كونُه ابْنًا . وإن وَقَف على بَناتِه ، لم يدْخُلْ فيه ذَكَرٌ ولا خُنْثَى ؛

---

(١) بعده فى ف : « انقراض » .

(٢) فى س ٢: « أولاده » .

(٣) بعده فى الأصل : « به » .

(٤) سورة النساء ١٢.

(٥) سقط من : س ٢.

(1)لأنَّه لا يُعْلَمُ كونُه أُنْثَى(1) . وإن وَقَف (2)على وَلَدِ(2) فُلَانٍ أو بَنِيه أو بَناتِه ، فهو كوَقْفِه على وَلَدِ نَفْسِه وبَنِيه وبَناتِه ، إلَّا أن يَقِفَ على بَنِى(3) فُلانٍ وهم قَبِيلَةٌ ، كَبَنِى هاشِمٍ ، فيَدْخُل فيه الذَّكرُ والأُنْثَى والخُنْثَى ، مِن وَلَدِ البَنِينَ دُونَ وَلَدِ(4) البناتِ ؛ لأنَّ هذا الاسْمَ يَقَعُ على القَبِيلَةِ ذكَرِهم وأُنْثاهم ، ووَلَدُ البَناتِ لا يُعَدُّونَ منها .

فصل : وإن وَقَف على أوْلادِه وأوْلادِ أوْلادِه ، دَخَل فى الوَقْفِ أوْلادُه الذُّكورُ ، والإنَاثُ ، والخَنَاثَى ، (5)وأوْلادُهم الذُّكورُ ، والإنَاثُ ، والخَنَاثَى(5) مِن وَلَدِ البَنِينَ . فأمَّا وَلَدُ البَناتِ ، فقال الخِرَقِيُّ : لا يَدْخُلُون ؛ لأنَّهم لم يدْخُلُوا فى قولِه سُبْحانَه وتعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَـٰدِكُمْ ﴾(6) . ولا يدْخُلُونَ فى الوَقْفِ على وَلَدِ فُلانٍ [٢٣٣ظ] وهم قَبِيلَةٌ ، فلا يدْخُلُونَ هلهُنا ، ولأنَّهم إنَّما يُنْسَبُونَ إلى قَبِيلَةِ (7)آبائِهم دُونَ قَبِيلَةِ(7) أُمَّهاتِهِم . وقال أبو بكرٍ وابنُ حامِدٍ : يدْخُلُون فى الوَقْفِ ؛ لأنَّهم أوْلادُ أوْلادِه . وإن قال : وأوْلادُ أوْلادِى المُنْتَسِبِينَ إلىَّ . لم يدْخُلُوا ، وَجْهًا واحِدًا . وإن قال : لوَلَدِ(8) الذَّكَرِ سَهْمانِ ، ولوَلَدِ الأُنْثَى سَهْمٌ . دَخَلُوا فيه ؛ لأنَّه صَرَّحَ

(1 - 1) زيادة من : ف .

(2 - 2) فى س 2 : « لولد » .

(3) فى س 2 : « ولد » .

(4) سقط من : م .

(5 - 5) سقط من : س 2 ، ف .

(6) سورة النساء 11 .

(7 - 7) سقط من : الأصل ، س 2 .

(8) فى س 2 : « لولدى » .

بدُخُولِهم .

ولو وَقَف على قَوْمٍ بأَعْيانِهم ، ثم على أَوْلادِهم ، وكانُوا ذُكُورًا وإناثًا ، دَخَل أَوْلادُ الإناثِ ، فى الصَّحِيحِ ؛ لأَنَّ اللَّفْظَ تناوَلَهم ، كتَناوُلِه وَلَدَ البَنِينَ ، وإن كان جَمِيعُهم[1] إناثًا ، دَخَل فيه أَوْلادُهُنَّ[2] ؛ لأَنَّ لَفْظَه نَصٌّ فيهم .

فصل : وإذا شَرَّكَ بينَ الوَلَدِ ووَلَدِ الوَلَدِ بالواوِ ، اشْتَرَكَ الجميعُ فيه . وإن رَتَّبَ فقال : على أَوْلادِى ، ثم على أَوْلادِهم . أو قال : الأَعْلَى فالأَعْلَى . أو : الأَقْرَب فالأَقْرَب . وَجَب تَرْتِيبُه . وإن رَتَّبَ بَطْنَيْن ، ثم شَرَّكَ بينَ الباقِينَ ، أو شَرَّكَ بينَ بطْنَيْن ، ثم رَتَّبَ الباقِينَ ، فهو على ما شَرَطه ، وكَيْفَما شرَطَ فالأَمْرُ عليه ؛ لأَنَّ الوَقْفَ ثَبَت بلَفْظِه ، فوَجَب أن يُتَّبَعَ مُقْتَضاه .

فصل : وإن وَقَف على قَرابَتِه ، أو قَرابَةِ فُلانٍ ، فهو لوَلَدِه ووَلَدِ أَبِيه[3] ، وجَدِّه وجَدِّ أَبِيه[4] ، الذَّكَرِ والأُنْثَى . ولا يُعْطَى مَن بعدَ ذلك ولا قَرابَتُه مِن جِهَةِ أُمِّه شيئًا ؛ لأَنَّ اللَّهَ سبحانَه وتعالى جَعَل خُمُسَ الخُمُسِ لذَوِى قُرْبَى النبىِّ ﷺ ، فأَعْطَى[5] النبىُّ ﷺ قَرابَتَه إلى بَنِى هاشِمٍ ، لم[6] يَتَجاوَزْهُم ،

---

(١) فى الأصل : « جميعهن » .

(٢) فى س ٢ : « وأولادهن » .

(٣) فى الأصل ، س ٢ : « ابنه » ، وغير منقوطة فى ب .

(٤) فى الأصل : « ابنه » ، وغير منقوطة فى ب .

(٥) فى ف : « فأعطاه » .

(٦) زيادة من : م .

ولم يُعْطِ بَنِى زُهْرَةَ شيئًا[1] . ويَحْتَمِلُ أن يُعْطَى كُلُّ مَن عُرِفَ بقَرابَتِه مِن الجِهَتَيْن ؛ لأنَّ الاسْمَ واقِعٌ عليهم لُغَةً وعُرْفًا . وعنه ، إن كان يَصِلُ قرابَتَه مِن جِهَةِ أُمِّه فى حَياتِه ، دخَلُوا فيه ، وإلَّا فلا ؛ لأنَّ صِلَتَه لهم فى حَياتِه تَدُلُّ على إرادَتِهم بصِلَتِه هذه . وإن وُجِدَت قَرِينَةٌ لَفْظِيَّةٌ أو حالِيَّةٌ تَدُلُّ على إرادَتِهم أو حِرْمانِهم ، عُمِلَ عليه .

وأهْلُ بَيْتِه بمَثابَةِ قَرابَتِه . وقال الخِرَقِىُّ : إذا أَوْصَى لأَهْلِ بَيْتِه ، أُعْطِىَ مَن قِبَلَ أبِيه وأُمِّه .

فصل : وإن وَقَف على أقْرَبِ الناسِ إليه ، وله أبَوان ووَلَدٌ ، فهم سَواءٌ فيه ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهم يَلِيه فى القُرْبِ مِن غيرِ حاجِزٍ ، ولأنَّه جُزْءُ والِدِه ، ووَلَدُه جُزْؤُه . ويَحْتَمِلُ تَقْدِيمَ الابْنِ ؛ لتَقْدِيمِه فى التَّعْصِيبِ . وإن عُدِمَ بعضُهم ، فهو للباقِينَ ، ويُقَـدَّمُ كُلُّ واحدٍ مِن هؤلاء على مَن سِواهم ؛ [2]لأنَّ مَن[3] سِوَاهم[2] يُدْلِى بواسِطَةٍ . وإن عُدِمُوا ، فهو لوَلَدِ الابْنِ ، و[4]الجَدِّ أبى[5] الأَبِ ، الأَقْرَبُ منهم فالأَقْرَبُ ، فإن عُدِمُوا فهو للإِخْوَةِ ؛ لأنَّهم ولَدُ الأبِ[6] ، ويُقَدَّمُ الأخُ مِن الأبَوَين ، ويُسَوَّى بيـنَ الأخِ

---

(١) انظر ما تقدم تخريجه فى ٢/ ٢٠٦. من حديث : « إنما بنو هاشم وبنو المطلب شىء واحد » .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

(٣) سقط من : م .

(٤) فى م : « أو » .

(٥) فى الأصل : « إلى » .

(٦) فى ف : « أب » .

من الأَبِ [٢٣٤و] والأخِ مِن الأُمِّ ، وكذلك الأَخَواتُ . فإن عُدِمُوا صُرِفَ إلى بَنِيهم على تَرْتيبِ آبائِهم ، ويُسوَّى بينَ الأخِ والجدِّ ؛ لاسْتِوائِهما فى المِيراثِ ، ولأنَّ الجدَّ أبو الأبِ ، والأَخَ وَلَدُ[1] الأبِ . ويَحْتَمِلُ تَقْدِيمَ الجدِّ ؛ لأنَّ له وِلادَةً[2] ، وهو أقْوَى فى المِيراثِ . وقِيلَ : يُقَدَّمُ الأخُ ؛ لأنَّه ابنُ الأبِ ، فيكونُ أقْوَى مِن أَبِيه[3] ؛ لقُوَّةِ[4] تَعْصِيبِه . فإن لم يكنْ له[5] إخْوَةٌ ، فهو للأَعْمامِ ، ثم بَنِيهم ، على تَرْتيبِ المِيراثِ .

وإن وَقَف على جَماعَةٍ مِن أقْرَبِ الناسِ إليه ، صُرِفَ إلى ثَلاثَةٍ منهم ، فإن كان بعضُهم أقْرَبَ مِن بَعْضٍ ، اسْتُوفِيَ ما أمْكَنَ مِن الأَقْرَبِ ، وتُمِّمَ الباقِي مِن الأَبْعَدِ ؛ لأنَّه شَرَط العَدَدَ والأَقْرَبَ ، فوَجَبَ اعْتِبارُهما . وإنِ اسْتَوَى جَماعةٌ فى القُرْبِ ، أُعْطِيَ الجَميعُ ؛ لتَساوِيهم[6] .

فصل : وإن وَقَف على عِتْرَتِه ، فهم عَشِيرَتُه ووَلَدُه . قاله ابنُ قُتَيْبَةَ[7] . وقال ابنُ[8] الأَعْرابِيِّ ، وثَعْلَبٌ[9] : هم ذُرِّيَّتُه . والأوَّلُ أوْلَى ؛ لأنَّه يُرْوَى

---

(١) فى ف : « ابن » .

(٢) فى م : « ولاية » .

(٣) فى الأصل ، س ٢ : « ابنه » .

(٤) فى س ٢ : « بقوة » .

(٥) زيادة من : م .

(٦) فى س ٢ : « لتساويهما » .

(٧) عبد اللّه بن مسلم بن قتيبة أبو محمد الدينورى ، العلامة الكبير ، ذو الفنون ، صاحب التصانيف ، كان ثقة دينا فاضلا ، ولى قضاء الدِّينَوَر ، وكان رأسا فى علم اللسان العربى والأخبار وأيام الناس ، توفى فى شهر رجب سنة ست وسبعين ومائتين . سير أعلام النبلاء ١٣/٢٩٦ - ٣٠٢ .

(٨) سقط من : الأصل .

(٩) هو أحمد بن يحيى بن يزيد أبو العباس الشيبانى مولاهم البغدادى ، العلامة المحدث ، =

عن أبى بكرٍ الصِّدِّيقِ، رَضِيَ اللَّهُ عنه، أنَّه قال: نحنُ عِتْرَةُ النبيِّ ﷺ[1].

وإن وَقَف على مَوالِيه، وله مَوالٍ مِن فَوْقَ، ومَوالٍ[2] مِن أسْفَلَ، فهو لجَميعِهم؛ لأنَّ الاسْمَ يشْمَلُهم حَقِيقَةً.

وإن وَقَف على زَيْدٍ وعَمْرٍو والفُقَراءِ، فلهما[3] الثُّلُثانِ، وللفُقَراءِ الثُّلُثُ؛ لأنَّه جَعَله لثلاثِ جِهاتٍ، فوَجَبت قِسْمَتُه أثلاثًا. وإن وَقَف عليهما، ثم على الفُقَراءِ، فمَن ماتَ منهما، رَجَع نَصِيبُه إلى صاحِبِه، فإذا ماتَا[4]، رَجَع إلى الفُقَراءِ؛ لأنَّه جَعَله لهم مَشْرُوطًا بانْقِراضِهما.

فصل: وإن وَقَف نَخْلَةً فيَبِسَتْ، أو جُذُوعًا فتَكسَّرَت، جاز بَيْعُها؛ لأنَّه [5]لا نَفْعَ[5] فى بَقائِها[6]، وفيه ذَهابُ ماليَّتِها[7]، فكانَتِ المُحافَظَةُ على [8]مَالِيَّتِها ببَيْعِها[8] أوْلَى، و[9]لأنَّه لا يَجُوزُ وَقْفُ ما لا نَفْعَ فيه ابْتِداءً، فلا يجوزُ اسْتِدامَةُ وَقْفِه؛ لأنَّ ما كانَ شَرْطًا لابْتِداءِ الوَقْفِ، كان شَرْطًا

= صاحب الفصيح والتصانيف، كان ثقة حجة، دينا صالحا، مشهورا بالحفظ، عُمِّر وأصم، مات فى جمادى الأولى سنة إحدى وتسعين ومائتين. سير أعلام النبلاء ١٤/٥ - ٧.

(١) أخرجه البيهقى، فى: باب الصدقة فى العترة، من كتاب الوقف. السنن الكبرى ٦/ ١٦٦.

(٢) زيادة من: م.

(٣) فى م: «فلها».

(٤) فى الأصل: «مات».

(٥ - ٥) فى س ٢: «أنفع».

(٦) فى م: «بقائهما».

(٧) فى م: «ماليتهما».

(٨ - ٨) فى م: «ماليتهما ببيعهما».

(٩) سقط من: م.

لاسْتِدامَتِه ؛ كالـمَالِيَّةِ . وإذا بِيعَتْ ، صُرِفَ ثَمَنُها فى مِثْلِها . وإن حَبَس فَرَسًا فى سَبِيلِ اللَّهِ ، فَصَارَت بحيث لا يُنْتَفَعُ بها فيه ، بِيعَت ؛ لِما ذَكَرْنا ، وصُرِفَ ثَمَنُها فى حَبِيسٍ آخَرَ . وإن وَقَف مَسْجِدًا فخَرِبَ ، وكان فى مَكانٍ لا يُنْتَفَعُ به ، بِيعَ ، وجُعِلَ فى مَكانٍ يُنْتَفَعُ به[1] ؛ لِما ذَكَرْنا . و[2]كلُّ وَقْفٍ خَرِبَ [3]ولم يَرُدَّ شَيْئًا[3] ، بِيعَ ، واشْتُرِىَ بثَمَنِه ما يُرَدُّ على أهْلِ الوَقْفِ . وإن وَقَف على ثَغْرٍ فاخْتَلَّ ، صُرِفَ إلى ثَغْرٍ مِثْلِه ؛ لأنَّه فى مَعْنَاه .

فصل : ويُنْفَقُ على الوَقْفِ مِن حيث شَرَط الواقِفُ ؛ لأنَّه لـمَّا[4] اتُّبِعَ شَرْطُ الواقِفِ فى[5] سَبْلِه ، كذلك فى النَّفَقَةِ عليه . فإن لم يَشْرُطِ النَّفَقَةَ عليه ، أُنْفِقَ عليه مِن غَلَّتِه ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ الانْتِفَاعُ به إلَّا بالنَّفَقَةِ عليه . فإن لم يكنْ له غَلَّةٌ ، أنْفَقَ عليه الـمَوْقُوفُ عليه ؛ لأنَّه مِلْكُه .

فصل : ويَنْظُرُ فى الوَقْفِ مَن[6] شَرَط الواقِفُ ؛ [٢٣٤ ظ] لأنَّ عُمَرَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، جَعَل النَّظَرَ فى وَقْفِه إلى حَفْصَةَ ابْنَتِه ، ثم إلى ذَوِى الرَّأْيِ مِن أهْلِها[7] . ولأنَّ سَبْلَه إلى شَرْطِه ، فكذلك النَّظَرُ فيه . وإن لم يَشْرُطِ النَّاظِرَ ،

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) بعده فى ف : « كذلك » .

(٣ - ٣) سقط من : م .

(٤) فى الأصل : « كما » .

(٥) فى الأصل : « من » .

(٦) بعده فى م : « حيث » .

(٧) فى ف : « أهله » .

والأثر أخرجه أبو داود ، فى : باب ما جاء فى الرجل يوقف الوقف ، من كتاب الوصايا . سنن أبى داود ٢/ ١٠٥، ١٠٦. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٦/ ١٦٠، ١٦١.

ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يَنْظُرُ فيه الـمَوْقُوفُ عليه ؛ لأنَّه مِلْكُه ، وغَلَّتُه له ، فكان نظَرُه إليه ، كالـمُطْلَقِ[1] . والثانى ، إلى حاكِمِ البَلَدِ ؛ لأنَّه يتعلَّقُ به حَقُّ الـمَوْقُوفِ عليه ، وحَقُّ مَن يَنْتَقِلُ إليه ، فَفُوِّضَ الأَمْرُ فيه إلى الحاكم . فإن جَعَله إلى اثْنَيْن مِن أفاضِلِ وَلَدِه ، جُعِلَ إليهما ، فإن لم يُوجَدْ فيهم[2] إلَّا فاضِلٌ واحِدٌ ، ضَمَّ الحاكِمُ إليه آخَرَ ؛ لأنَّ الواقِفَ لم يَرْضَ بنَظَرِ واحِدٍ .

فصل : وإنِ اخْتَلَفَ أرْبَابُ الوَقْفِ فيه ، رُجِعَ إلى الواقِفِ ؛ لأنَّ الوَقْفَ ثَبَتَ بقَوْلِه ، فإن لم يَكنْ ، تَساوَوْا فيه ؛ لأنَّ الشَرِكَةَ ثبَتَتْ ، ولم يَثْبُتِ التَّفْضِيلُ ، فوَجَبَتِ التَّسْوِيَةُ ، كما لو شَرَّكَ بينَهم بلَفْظِه .

---

(١) فى ف ، ب : « كالطلق » .

(٢) فى الأصل ، ف : « منهم » ، وفى م : « فيهما » .

بابُ الهِبَـةِ

وهى التَّبَرُّعُ بتَمْلِيكِ مالٍ فى حيَاتِه .

وهى مُسْتَحَبَّةٌ ؛ لِمَا رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال : « تَهَادُوا تَحَابُّوا »[1] .

وهى أفْضَلُ مِن الوَصِيَّةِ ؛ لِمَا رَوَى أبو هُرَيْرَةَ قال : سُئِلَ رسولُ اللَّهِ ﷺ : أىُّ الصَّدَقَةِ أفْضَلُ ؟ قال : « أَنْ تَصَدَّقَ وأَنْتَ صَحِيحٌ شَحِيحٌ ، تَأْمَلُ الغِنَى ، وتَخْشَى الفَقْرَ ، ولَا تُمْهِلْ[2] حَتَّى إذَا بَلَغَتِ الحُلْقُومَ قُلْتَ : لِفُلانٍ كَذَا ، [3]ولِفُلَانٍ كذَا[3] » . [4]رَوَاه البُخَارِىُّ ومُسْلِمٌ بمعْناه[4] . وهِبَةُ القَرِيبِ

---

(1) أخرجه البخارى ، فى : الأدب المفرد ٢/ ٥٠. وابن عدى ، فى : الكامل ٤/ ١٤٢٤. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٦/ ١٦٩. من حديث أبى هريرة .

كما أخرجه الإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى المهاجرة ، من كتاب حسن الخلق . الموطأ ٢/ ٩٠٨. عن عطاء الخراسانى مرسلا .

(2) بالجزم بلا الناهية ، وبالرفع على أنه نفى ، ويجوز النصب . عون المعبود ٣/ ٧٢.

(3 - 3) سقط من : الأصل ، س ١، س ٢.

(4 - 4) سقط من : س ٢، وفى م : « رواه مسلم » .

والحديث أخرجه البخارى ، فى : باب أى الصدقة أفضل ، من كتاب الزكاة ، وفى : باب الصدقة عند الموت ، من كتاب الوصايا . صحيح البخارى ٢/ ١٣٦، ١٣٧، ٤/ ٥. ومسلم ، فى : باب بيان أفضل الصدقة صدقة الصحيح الشحيح ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٢/ ٧١٦.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب ما جاء فى كراهية الإضرار فى الوصية ، من كتاب الوصايا . سنن أبى داود ٢/ ١٠٢. والنسائى ، فى : باب أى الصدقة أفضل ، من كتاب الزكاة .=

أفْضَلُ ؛ لقَوْلِ رسولِ اللَّهِ ﷺ : « الرَّحِمُ شُجْنَةٌ مِنَ الرَّحْمَنِ ، فمَن وَصَلَها وَصَلَه اللَّهُ ، ومَن قَطَعَها قَطَعَه اللَّهُ »[1] . وفى هِبَةِ القَرِيبِ صِلَتُها[2] .

ولا يجوزُ تَفْضِيلُ بَعضِ وَلَدِه على بعضٍ فى العَطِيَّةِ ؛ لِما روَى النُّعْمَانُ ابنُ بَشِيرٍ قال : تَصَدَّقَ عَلَيَّ أبى ببَعْضِ مَالِه ، فقالَتْ أُمِّى عَمْرَةُ بنتُ رَوَاحَةَ : لا أَرْضَى حتى تُشْهِدَ عليها رسولَ اللَّهِ ﷺ . فجاءَ أبى إلى رسولِ اللَّهِ ﷺ ليُشْهِدَه على صدَقَتِى ، فقالَ : « أَكُلَّ وَلَدِكَ أَعْطَيْتَ مِثْلَه ؟ » . قال : لا . قال : « فَاتَّقُوا اللَّهَ ، وَاعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ » . قال : فرَجَعَ أبى ، فرَدَّ تلكَ الصَّدَقَةَ[3] . وفى لَفْظٍ : « لَا تُشْهِدْنِى عَلَى جَوْرٍ » . [4]مُتَّفَقٌ عليه[4] . فسَمَّاه جَوْرًا ، والجَوْرُ حَرامٌ . ولأنَّ ذلك يُوقِعُ العَداوَةَ ، وقَطِيعَةَ الرَّحِمِ ، فَمُنِعَ منه ، كنِكاحِ المَرْأةِ على عَمَّتِها . فإن فَعَل فعليه التَّسْوِيَةُ بأحَدِ

= المجتبى ٥/ ٥١. وابن ماجه ، فى : باب النهى عن الإمساك فى الحياة والتبذير عند الموت ، من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ٢/ ٩٠٣. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٢٣١، ٢٥٠، ٤١٥، ٤٤٧.

(١) بعده فى ب : « رواه البخارى ومسلم بمعناه » .

والحديث أخرجه البخارى فى : باب من وصل وصله الله ، من كتاب الأدب . صحيح البخارى ٨/ ٧. من حديث أبى هريرة وعائشة .

ومن حديث أبى هريرة أيضا أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ١٦٠، ٢٩٥، ٣٨٣، ٤٠٦، ٤٥٥.

ومن حديث عبد الله بن عمرو أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى رحمة المسلمين ، من أبواب البر والصلة . عارضة الأحوذى ٨/ ١١١. وانظر : المسند ١/ ١٩٠، ٣٢١.

(٢) بعده فى ف : « رواه البخارى » .

(٣) بعده فى م : « رواه مسلم » .

(٤ - ٤) فى م : « رواه أحمد » . =

أمْرَيْنِ ؛ إمَّا رَدُّ عَطِيَّةِ الأوَّلِ ، أو إعْطَاءُ الآخَرِ مِثْلَه ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ أمَرَ بردِّه ، وأَمْرُه يَقْتَضِى الوُجُوبَ . فإن ماتَ ولم يُسَوِّ بَيْنَهم ، فَفِيه رِوايَتانِ ؛ إحْدَاهُما ، يَثْبُتُ ذلك لِمَن وهبَ له ، ويَسْقُطُ حَقُّ الرُّجُوعِ . اخْتَارَه الخِرَقِيُّ ؛ لأنَّه حَقٌّ للأَبِ يتعلَّقُ بمَالِ الوَلَدِ ، فسَقَط بمَوْتِه ، كالأَخْذِ مِن مَالِه . والثانيةُ ، يَجِبُ رَدُّه . وهذا اخْتِيَارُ ابنِ بَطَّةَ وصاحِبِه أبى حَفْصٍ ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ سَمَّاه جَوْرًا ، والجَوْرُ يَجِبُ رَدُّه بكلِّ [٢٣٥و] حالٍ ، والتَّسْوِيَةُ المأْمُورُ بها القِسْمَةُ بينَهم على قَدْرِ مَوارِيثِهم ؛ لأنَّه تَعْجِيلٌ لِما يَصِلُ إليهم بعدَ الموتِ ، فأَشْبَهَ المِيراثَ .

فصل : فإن خَصَّ بعضَ وَلَدِه لغَرَضٍ صحيحٍ ؛ مِن زِيادَةِ حاجَةٍ ، أو عائِلَةٍ ، أو اشْتِغَالِه بعِلْمٍ ، أو لِفِسْقِ الآخَرِ وبِدْعَتِه ، فقد رُوِىَ عن أحمدَ ما يَدُلُّ على جَوازِه ؛ لقولِه في تَخْصِيصِ بعضِهم بالوَقْفِ[1] : لا بَأْسَ به إذا كان على سَبِيلِ الحاجَةِ ، وأَكْرَهُه إذا كان على سَبِيلِ الأَثَرَةِ . ووَجْهُ ذلك ما

= والحديث أخرجه البخارى ، فى : باب الهبة للولد ...، وباب الإشهاد فى الهبة ، من كتاب الهبة . صحيح البخارى ٣/ ٢٠٦. ومسلم ، فى : باب كراهة تفضيل بعض الأولاد فى الهبة ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ٣/١٢٤١ - ١٢٤٤.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يفضل بعض ولده فى النحل ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/ ٢٦٢. والنسائى ، فى : باب ذكر اختلاف الناقلين لخبر النعمان بن بشير فى النحل ، من كتاب النحل . المجتبى ٦/ ٢١٨، ٢١٩. وابن ماجه ، فى : باب الرجل ينحل ولده ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٩٥. والإمام مالك ، فى : باب ما لا يجوز من النحل ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢/ ٧٥١، ٧٥٢. والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٣٢٦، ٤/٢٦٨ - ٢٧٠.

(١) فى الأصل : « فى الوقف » .

رُوِىَ أنَّ أبا بكرٍ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، قال لعائشةَ : كُنْتُ[1] نَحَلْتُكِ جذَاذَ عِشْرِينَ وَسْقًا ، ووَدِدْتُ أَنَّكِ حُزْتِيه ، وإنَّما هو اليومَ مَالُ[2] الوارِثِ ، وإنَّما هما أخَواكِ وأُخْتاكِ[3] . ويَحْتَمِلُ الـمَنْعَ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ لم يَسْتَفْصِلْ بَشِيرًا .

فصل : والأُمُّ كالأبِ فى التَّسْوِيَةِ بيـنَ الأَوْلَادِ ؛ لأنَّها أحَدُ الأبَوَيْـنِ ، فأشْبَهَتِ الأبَ .

ولا تَجِبُ التَّسْوِيَةُ بيـنَ سائرِ الوُرَّاثِ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ عَلِمَ أنَّ لبَشِيرٍ زَوْجَةً ، فلم يأْمُرْه بإعْطائِها حيـنَ أمَرَه بالتَّسْوِيَةِ بيـنَ الأَوْلَادِ .

فصل : وما جازَ بَيْعُه مِن مَقْسُومٍ ، أو مُشَاعٍ ، أو غيرِه ، جازَتْ هِبَتُه ؛ لأنَّه عَقْدٌ يُقْصَدُ به تَمْلِيكُ العَيْـنِ ، فأَشْبَهَ البَيْعَ . وتجوزُ هِبَةُ الكَلْبِ ، وما يُبَاحُ الانْتِفَاعُ به مِن النَّجاساتِ ؛ لأنَّه تَبَرُّعٌ ، فجاز فى ذلك ، كالوَصِيَّةِ . ولا تجوزُ فى مَجْهُولٍ ، ولا مَعْجُوزٍ عن تَسْلِيمِه ، ولا فى المَبِيعِ قبلَ قَبْضِه ؛ لأنَّه عَقْدٌ يُقْصَدُ به التَّمْلِيكُ فى الحَياةِ ، أشْبَهَ البَيْعَ . ولا يجوزُ تَعْلِيقُها على شَرْطٍ مُسْتَقْبَلٍ لذلك . والحُكْمُ فى الإيجابِ والقَبُولِ فيها ، كالحُكْمِ فى البَيْعِ على ما ذُكِرَ فى بابِه .

---

(١) بعده فى م : « قد » .

(٢) فى م : « إلى » .

(٣) أخرجه الإمام مالك ، فى : باب ما لا يجوز من النحل ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢/ ٧٥٢. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٦/ ١٧٠.

فصل : ولا يَثْبُتُ المِلْكُ للمَوْهُوبِ له فى المَكِيلِ (١والمَوْزُونِ١) إلَّا بقَبْضِه ؛ لحديثِ أبى بكرٍ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه . ورُوِىَ عن عُمَرَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، نحوُه(٢) . وإن ماتَ المَوْهُوبُ له قبلَ القَبْضِ ، بَطَلَتْ ؛ لأنَّه غيرُ لازِمٍ ، فيَبْطُلُ بالمَوْتِ ، كالشَّرِكَةِ . وإن ماتَ الواهِبُ ، فعنه ما يَدُلُّ على أنَّ الهِبَةَ تَبْطُلُ لذلك . وهو قَوْلُ القاضى . وقال أبو الخَطَّابِ : لا تَبْطُلُ ؛ لأنَّه عَقْدٌ مَآلُه إلى اللُّزومِ ، فلم يَبْطُلْ بالمَوْتِ ، كبَيْعِ الخِيارِ . ويقومُ الوارِثُ (٣مَقامَ المَوْروثِ٣) فى التَّقْبِيضِ والفَسْخِ ، فإذا قبَضَ ، ثَبَت(٤) المِلْكُ حِينَئِذٍ .

والخِيَرَةُ فى التَّقْبِيضِ إلى الواهِبِ(٥) ؛ لأنَّه بَعْضُ ما يَثْبُتُ به المِلْكُ ، فكانَتِ الخِيَرَةُ إليه فيه(٦) ، كالإيجابِ . ولا يجوزُ القَبْضُ إلَّا بإذْنِه ؛ لأنَّه عَقْدٌ(٧) غيرُ مُسْتَحَقٍّ عليه ، فإن قَبَض بغيرِ إذْنِه ، لم تَتِمَّ الهِبَةُ . وإن أَذِن ، ثم رَجَع قبلَ القَبْضِ ، أو ماتَ ، بَطَل الإذْنُ .

فصل : وأمَّا غيرُ المَكِيلِ والمَوْزُونِ ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، لا تَتِمُّ هِبَتُه

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) أخرجه الإمام مالك ، فى : باب ما لا يجوز من النحل ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢/ ٧٥٣.

(٣ - ٣) سقط من : م .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) فى ف : « الوارث » .

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) زيادة من : ب .

إلَّا بالقَبْضِ ؛ لأَنَّها نَوْعُ هِبَةٍ ، فلم تَتِمَّ قبلَ القَبْضِ ، كالمَكِيلِ والمَوْزُونِ . والثانِيَةُ ، تَتِمُّ قبلَ القَبْضِ ؛ لِما رُوِىَ عن علىٍّ وابنِ مسعودٍ ، رَضِىَ اللَّهُ عنهما ، أنَّهما قالَا : الهِبَةُ [٢٣٥ظ] إذا كانَتْ معْلُومَةً ، فهى جائزةٌ ، قُبِضَتْ أو لم تُقْبَضْ[1] . ولأنَّ الهِبَةَ أحَدُ [2]نَوْعَىِ التَّمْلِيكِ ، فكان منها ما يَلْزَمُ قبلَ القَبْضِ ، كالبَيْعِ . وقد ذكَرْنا اخْتِلافَ تَفْسِيرِ أصْحابِنَا للمَكِيلِ والمَوْزُونِ فى البَيْعِ .

وإن كان المَوْهُوبُ فى يَدِ المُتَّهِبِ ، لم يَحْتَجْ إلى قَبْضٍ ؛ لأنَّ قَبْضَه[2] مُسْتَدامٌ . وهل يَفْتَقِرُ إلى إذْنٍ فى القَبْضِ ؟ فيه رِوايَتان . وذكَرَ القاضى أنَّه لا بُدَّ مِن مُضِىِّ مُدَّةٍ يتَأَتَّى قَبْضُه فيها ، كما ذكَرْنا فى الرَّهْنِ .

فصل : فإن وَهَب لابْنِه الصَّغِيرِ شيئًا وقَبَضه له ، صَحَّ ولَزِم ؛ لأَنَّه وَلِيُّه ، فكان له القَبْضُ ، كما لو كان الواهِبُ أجْنَبِيًّا ، ويكونُ حُكْمُ القَبْضِ حُكْمَه فيما إذَا وَهَب له رجلٌ شيئًا فى يَدِه ؛ لأَنَّه فى يَدِ الأبِ .

فصل : والهِبَةُ المُطْلَقَةُ لا تَقْتَضِى ثَوابًا ، سَواءٌ كانت مِن مُماثِلٍ أو أعْلَى أو أدْنَى ؛ لأنَّها عَطِيَّةٌ على وَجْهِ التَّبَرُّعِ ، فلم تَقْتَضِ ذلك ، كالصَّدَقَةِ . وإن شَرَط ثَوابًا معْلُومًا صَحَّ ، وكانَتْ بَيْعًا يَثْبُتُ فيها الخِيَارُ والشُّفْعَةُ وضَمانُ

---

(١) أخرجه عنهما عبد الرزاق ، فى : المصنف ٩/ ١٢٢. وابن حزم ، فى : المحلى ١٠/ ٨٣.
وعن ابن مسعود أيضا أخرجه الدارقطنى ، فى : سننه ٤/ ٢٠٠. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٦/ ١٦٢. وهذه الآثار عندهم بلفظ الصدقة . وانظر : التكميل لما فات تخريجه من إرواء الغليل ١٠٢/ ١٠٣.

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

العُهْدَةِ . وحُكِيَ عن أحمدَ رِوايَةٌ ثانيةٌ ، أنَّه يَغْلِبُ فيها حُكْمُ الهِبَةِ ، فلا يَثْبُتُ فيها أحْكَامُ البَيْعِ الـمُخْتَصَّةُ به . وإن شَرَط ثَوابًا مَجْهُولًا ، احْتَمَل أن لا يَصِحَّ ؛ لأنَّه عِوَضٌ مَجْهُولٌ فى مُعَاوَضَةٍ ، فلم يَصِحَّ ، كالبَيْعِ . وعنه ، أنَّه يَصِحُّ ، ويُعْطِيه ما يُرْضِيه أو يَرُدُّها . ويَحْتَمِلُ أن يُعْطِيَه قِيمَتَها ، فإن لم يَفْعَلْ فللواهِبِ الرُّجُوعُ ؛ لِما رُوِىَ عن عُمَرَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، أنَّه قال : مَن وَهَب هِبَةً أراد بها الثَّوَابَ ، فهو على هِبَتِه ، يَرْجِعُ فيها إذا لم يُرْضَ منها[1] . قال أحمدُ : إذا تغَيَّرَتِ العَيْنُ الـمَوْهُوبَةُ بزِيادَةٍ أو نُقْصَانٍ ، ولم يُثِبْهُ منها ، فلا أَرَى عليه نُقْصَانَ ما نَقَص ، إلَّا أن يكونَ ثَوْبًا لَبِسه ، أو جارِيَةً اسْتَخْدَمَها أو اسْتَعْمَلها . فإنِ اخْتَلَفا ، فقال : وَهَبْتُكَ ببَدَلٍ . فأنْكَر الآخَرُ ، فالقَوْلُ قَوْلُ الـمُنْكِرِ ؛ لأنَّه ادَّعَى عليه بَدَلًا[2] الأَصْلُ عدمُه .

فصل : وإن وَهَب لغيرِ وَلَدِه شيئًا ، وتَمَّتِ الهِبَةُ ، لم يَمْلِكِ الرُّجُوعَ فيه ؛ لِما رُوِىَ عنِ النبىِّ ﷺ أنَّه قال : « العَائِدُ فِى هِبَتِهِ ، كالعَائِدِ فِى قَيْئِهِ » . مُتَّفَقٌ عليه[3] . ورَوَى ابنُ عباسٍ أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « لَا يَحِلُّ

---

(1) أخرجه الإمام مالك ، فى : باب القضاء فى الهبة ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢/ ٧٥٤.

(2) بعده فى الأصل : « و » .

(3) أخرجه البخارى ، فى : باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها ، وباب لايحل لأحد أن يرجع فى هبته وصدقته ، من كتاب الهبات . صحيح البخارى ٣/٢٠٧، ٢١٥. ومسلم ، فى : باب تحريم الرجوع فى الصدقة والهبة ...، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ٣/ ١٢٤٠، ١٢٤١.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب الرجوع فى الهبة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/ ٢٦١. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية الرجوع فى الهبة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٣٠١. والنسائى ، فى : باب رجوع الولد فيما يعطى ولده ...، وباب ذكر=

للرَّجُلِ[1] أَنْ يُعْطِىَ عَطِيَّةً ، [2]ثُمَّ يَرْجِعَ[2] فِيهَا ، إِلَّا الوَالِدَ فِيمَا يُعْطِى وَلَدَه » . رَواه التِّرْمِذِىُّ[3] ، وقال : حديثٌ حسنٌ .

وإن وَهَب الرجلُ لوَلَدِه ، فله الرُّجوعُ ؛ للخَبَرِ ، ولأنَّ النبىَّ ﷺ أَمَر بَشِيرًا بِرَدِّ ما وَهَب لوَلَدِه النُّعْمَانِ[4] . ولأنَّ الأبَ لا يُتَّهَمُ فى رُجوعِه ؛ لأنَّه لا يَرْجِعُ إلَّا لضَرُورَةٍ ، أو إصْلَاحِ الوَلَدِ . وليس للجَدِّ الرُّجُوعُ ؛ لأنَّ الخَبَرَ يتناوَلُ الوالِدَ[5] حَقِيقَةً ، وليس الجَدُّ فى مَعْنَاه ؛ لأنَّه يُدْلِى بواسِطَةٍ ، ويَسْقُطُ بالأَبِ ، يُسْقِطُ[6] الإخْوَةَ . فأَمَّا الأُمُّ ، فيَحْتَمِلُ أنَّه لا رُجُوعَ لها ؛ [7]لأنَّه لا وِلايَةَ لها[7] على وَلَدِها ، بخِلافِ الأَبِ . ويَحْتَمِلُ أنَّ لها

= الاختلاف لخبر عبد اللَّه بن عباس فيه ، وباب ذكر الاختلاف على طاوس فى الراجع فى هبته ، من كتاب الهبة . المجتبى ٦/٢٢٢ - ٢٢٥. وابن ماجه ، فى : باب الرجوع فى الهبة ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٩٧. والإمام أحمد ، فى : المسند ١/ ٢١٧، ٢٨٠، ٢٨٩، ٣٣٩، ٣٤٢، ٣٤٥، ٣٤٩، ٢/ ٢٧، ٧٨، ٢٣٧، ٢٥٩، ٢٩١، ٣٢٧، ٤٣٠، ٤٩٢.

(١) فى الأصل ، م : « لرجل » .

(٢ - ٢) فى الأصل ، س ١، س ٢، ف : « فيرجع » .

(٣) فى : باب ما جاء فى كراهية الرجوع فى الهبة ، من أبواب البيوع ، ومن أبواب الولاء والهبة . عارضة الأحوذى ٥/ ٣٠١، ٣٠٢، ٨/ ٢٩٤.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب الرجوع فى الهبة ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢/ ٢٦١. والنسائى ، فى : باب رجوع الوالد فيما يعطى ولده ...، من كتاب الهبة . المجتبى ٦/ ٢٢٢. وابن ماجه ، فى : باب من أعطى ولده ثم رجع فيه ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٩٥. والإمام أحمد ، فى : المسند ١/ ٢١٧، ٢/ ٢٧، ٧٨. كلهم من حديث ابن عمر وابن عباس .

(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٩٥.

(٥) فى الأصل : « الولد » .

(٦) فى م : « تسقط » .

(٧ - ٧) سقط من : الأصل .

الرُّجوعَ ؛ لأنَّها أحَدُ الأبَوْينِ ، فأَشْبَهَتِ الأبَ ، [٢٣٦و] ولأنَّه يَجِبُ عليها (١) التَّسْوِيَةُ بينَ وَلَدِها فى العَطِيَّةِ ، فأَشْبَهَتِ الأبَ (١) .

والهِبَةُ والصَّدَقَةُ سَواءٌ فى ذلك ، بدَليلِ أنَّ فى حَدِيثِ النُّعْمانِ بنِ بَشِيرٍ : فرَجَع أَبِى ، فرَدَّ تلك الصَّدَقَةَ . وعن أحمدَ ، ليس للأبِ الرُّجوعُ فى هِبَتِه أيضًا ؛ لعُمومِ قولِه ﷺ : « العَائِدُ فى هِبَتِه ، كالعَائِدِ فى قَيْئِه » .

فصل : وللرُّجُوعِ فى الهِبَةِ شُروطٌ أرْبَعَةٌ ؛ أحدُها ، أن تكونَ باقِيَةً فى مِلْكِه ؛ لأنَّ الرُّجُوعَ فيها بعدَ خُروجِها عن مِلْكِه إبْطالٌ لـمِلْكِ غيرِه ، فإنْ عادَتْ إلى الابْنِ بفَسْخِ العَقْدِ ، فله الرُّجُوعُ فيها ؛ لأنَّه عاد حُكْمُ العَقْدِ الأوَّلِ ، وإن عادَتْ بسَبَبٍ آخَرَ ، فلا رُجُوعَ له ؛ لأنَّه ما اسْتَفادَ هذا المِلْكَ بهِبَةِ (٢) أبِيه .

الثانى ، أن يكونَ تَصَرُّفُ الابنِ فيها باقِيًا ؛ فإنِ اسْتَوْلَد الأمَةَ أو رَهَنها ، أو حُجِر عليه لفَلَسٍ ، سَقَط الرُّجُوعُ ؛ لِما فيه مِن إسْقَاطِ حَقِّ الغُرَمَاءِ والمُرْتَهِنِ ، ونَقْلِ المِلْكِ فيما لا يَقْبَلُ النَّقْلَ . فإن زالَ الحَجْرُ والرَّهْنُ ، فله الرُّجُوعُ ؛ لزَوالِ المانعِ .

الثالثُ ، أن لا يَزِيدَ زِيادَةً مُتَّصِلَةً ، كالسِّمَنِ والتَّعَلُّمِ ، فإن زادَتْ ، ففى الرُّجُوعِ رِوايَتانِ ، (٣) كالرِّوايَتَيْنِ فى الرُّجُوعِ (٣) على المُفْلِسِ . وإن كانت

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) فى م : « بسبب » .

(٣ - ٣) فى الأصل : « كالرجوع » .

مُنْفَصِلَةً ، لم تَمْنَعِ الرُّجُوعَ ، والزِّيادَةُ للابْنِ ؛ لأَنَّها نَماءٌ مُنْفَصِلٌ فى مِلْكِه ، فكانت له[1] ، كنَماءِ المَبِيعِ المَعِيبِ[2] .

الرابعُ ، أن لا يتعلَّقَ بها رَغْبَةٌ لغيرِ الوَلَدِ ، نحوَ أن يَرْغَبَ الناسُ فى تَزْوِيجِه ، فيُزَوِّجُوه مِن أجْلِها أو يُدَايِنُوه . فإن تعلَّقَتْ بها رَغْبَةٌ ، ففيه رِوايتان ؛ إحْداهما ، لا رُجُوعَ فيها ؛ لأَنَّه إضْرَارٌ بالغيرِ ، فلم يَجُزْ ، كالرُّجُوعِ فيها بعدَ فَلَسِ الابْنِ . والثانيةُ ، له ذلك ؛ لعُمُومِ الحدِيثِ ، ولأَنَّ حَقَّ الغيرِ لم يتعلَّقْ بهذا المالِ ، أَشْبَهَ ما لو لم يتزَوَّجْ .

فصل : وللأَبِ أن يأْخُذَ مِن مَالِ وَلَدِه ما شاء مع غِنَاه وحاجَتِه بشَرْطَيْنِ ؛ أحدُهما ، أن لا يُجْحِفَ بالابْنِ ، ولا يَأْخُذَ ما تعلَّقَتْ به حاجَتُه[3] . الثانى ، أن لا يأْخُذَ مِن[4] أحَدِ وَلَدَيْه فيُعْطِيَه الآخَرَ ؛ لأَنَّ تَفْضِيلَ أحَدِ الوَلَدَيْنِ[5] غيرُ جائزٍ ، فمع تَخْصِيصِ الآخَرِ بالأَخْذِ منه أَوْلَى . فإذا وُجِدَ الشَّرْطَانِ ، جاز الأَخْذُ ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لأَبِيكَ » . رَوَاه سعيدٌ ، وابنُ ماجه[6] . وعن عائشةَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنها ،

---

(١) زيادة من : ف ، م .
(٢) سقط من : الأصل .
(٣) بعده فى س ٢ : « من مال ولده » .
(٤) بعده فى م : « مال » .
(٥) فى س ٢ : « الوالدين » .
(٦) أخرجه ابن ماجه من حديث جابر وعبد اللَّه بن عمرو ، فى : باب ماللرجل من مال ولده ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٦٩.
ومن حديث عبد اللَّه بن عمرو أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يأكل من مال =

قالَتْ : قال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « إنَّ أطْيَبَ ما أكَلْتُمْ مِن كَسْبِكُمْ ، وإنَّ أوْلَادَكُمْ مِنْ كَسْبِكُمْ » . رَوَاه سعيدٌ ، والتِّرْمِذِيُّ[1] ، وقال : حديثٌ حسنٌ . ولأنَّه يتَصَرَّفُ فى مَالِ وَلَدِه الصَّغِيرِ بغيرِ تَوْلِيَةٍ ، أشْبَهَ مالَ نفْسِه .

وليس للابْنِ مُطَالَبَةُ أَبِيه بدَيْنٍ له عليه ؛ لِما ذكَرْنا . قال أحمدُ : وإذا ماتَ بَطَل دَيْنُ الابْنِ . قال بعضُ[2] أصْحابِنا : يَعْنِى ما أخَذَه على سَبِيلِ التَّمَلُّكِ ، فأمَّا إن أخَذَه على غيرِ ذلك ، رَجَع الابْنُ فى تَرِكَتِه .

وليس للأُمِّ الأَخْذُ مِن مالِ وَلَدِها بغيرِ إذْنِه ، ولا للجَدِّ ، ولا سائرِ الأقارِبِ ؛ لعَدَمِ الخَبَرِ فيهم ، وامْتِناعِ قِياسِهم على الأبِ ؛ لِما بينَهما[3] مِن

= ولده ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/ ٢٥٩. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ١٧٩، ٢٠٤، ٢١٤. وابن الجارود ، فى : المنتقى صفحة ٣٦٦.

ومن حديث جابر أخرجه الطحاوى ، فى : شرح معانى الآثار ٤/ ١٥٨. والطبرانى ، فى : الأوسط ٤/ ٣٢٢، ٧/ ٢٩٣ - ٢٩٥، ٣٧٣. والخطيب ، فى : موضح أوهام الجمع والتفريق ٢/ ١٤٠. وعند الطحاوى أيضا من حديث ابن عمرو . وانظر طرقا أخرى للحديث فى : الإرواء ٣/ ٣٢٣ - ٣٣٠.

(١) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء أن الوالد يأخذ من مال ولده ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/ ١١٠.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب الرجل يأكل من مال ولده ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/ ٢٥٩. والنسائى ، فى : باب الحث على الكسب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢١٢. وابن ماجه ، فى : باب ما للرجل من مال ولده ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٦٩. والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ٣١، ٤١، ٤٢، ١٢٧، ١٦٢، ١٩٣، ٢٢٠.

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فى الأصل : « بينا » .

الفَرْقِ . ويَحْتَمِلُ أن يجوزَ للأُمِّ ؛ [٢٣٦ظ] لدُخولِ وَلَدِها فى عُمومِ قَوْلِه[١] : « أوْلادَكُم » .

فصل : وإن تصَرَّف الأَبُ فى مَالِ ابْنِه قبلَ تَمَلُّكِه ، لم يَصِحَّ تصَرُّفُه . نَصَّ عليه أحمدُ ، فقال : لا يجوزُ عِتْقُه لعَبْدِ ابْنِه ما لم يَقْبِضْه . وكذلك إبْراؤُه مِن دَيْنِه ، وهِبَتُه لمالِه ؛ لأنَّ مِلْكَ الابْنِ باقٍ عليه ، بدَلِيلِ صِحَّةِ تصَرُّفِه فيه ، ووَطْئِه لجوارِيه ، وجَرَيَانِ الرِّبَا بَيْنَه وبينَ ابْنِه[٢] ، فأَشْبَهَ مَالَ الأَجْنَبِىِّ . وإنْ وَطِئَ الأبُ جارِيَةَ ابنِه قبلَ تَمَلُّكِها[٣] ، فلا حَدَّ عليه ؛ للشُّبْهَةِ ، وإن لم تَلِدْ ، فهى على مِلْكِ الابْنِ ، وإنْ وَلَدَتْ ، فوَلَدُه حُرٌّ ، وتَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ له .

فصلٌ فى العُمْرَى : وهى أن يقولَ : أَعْمَرْتُكَ هذه الدَّارَ حَيَاتَكَ . أو : جَعَلْتُها لكَ عُمُرَكَ . أو : عُمُرِى . ولها ثَلاثُ صُوَرٍ ؛ أحدُها ، أن يقولَ : [٤]أعْمَرْتُكَ هذه الدَّارَ[٤] حَيَاتَكَ ، ولعَقِبِكَ مِن بَعْدِكَ . فهذه هِبَةٌ صَحِيحَةٌ ؛ لقولِ رسولِ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ أَعْمَرَ عُمْرَى ، فهى لِلَّذِى أُعْمِرَهَا حَيًّا وَمَيِّتًا » . [٥]مُتَّفَقٌ عليه[٥] . الثانيةُ ، أن يقولَ : أَعْمَرْتُكَهَا حَيَاتَكَ . ولم يَزِدْ ،

---

(١) بعده فى الأصل : « تعالى » .

(٢) فى س ١ ، م : « أبيه » . وغير منقوطة فى ب .

(٣) فى م : « تملكه » .

(٤ - ٤) فى الأصل : « أعمرتكها » .

(٥ - ٥) فى م : « رواه أحمد ومسلم » .

والحديث أخرجه البخارى ، فى : باب ما قيل فى العمرى ...، من كتاب الهبة . صحيح البخارى ٣/ ٢١٦. ومسلم ، فى : باب العمرى ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ٣/ ١٢٤٦، =

١٢٤٧. واللفظ له .

ففيها رِوايَتانِ ؛ إحْداهما ، هى كالأُولَى ؛ للخَبَرِ ، وجاءَ فى لَفْظٍ : قَضَى رسولُ اللَّهِ ﷺ بالعُمْرَى لِمَن وُهِبَتْ له . مُتَّفَقٌ عليه[(١)] . ولأنَّ الأَمْلاكَ المُسْتَقِرَّةَ كُلَّها مُقَدَّرَةٌ بحَياةِ المالِكِ ، وتَنْتَقِلُ إلى الوَرَثَةِ ، فلم يكنْ تقْدِيرُه بحَياتِه مُنافِيًا لحُكْمِ الأمْلاكِ . والثانيةُ ، تَرْجِعُ بعدَ مَوْتِه[(٢)] إلى المُعْمِرِ ؛ لِمَا روَى جابِرٌ قالَ : إنَّما العُمْرَى التى أجازَ[(٣)] رسولُ اللَّهِ ﷺ أن يقولَ : هى لكَ ولِعَقِبِكَ . فأمَّا إذا قال : هى لكَ ما عِشْتَ . فإنَّها تَرْجِعُ إلى صاحِبِها . مُتَّفَقٌ عليه[(٤)] . الثالثةُ ، أن يقولَ مع ذلك : فإذا مِتَّ عادَتْ إلَيَّ إن كنتُ حَيًّا ، أو إلى وَرَثَتِى . والرُّقْبَى مِثْلُ ذلك ، إلَّا أنَّه يقولُ : إن مِتَّ قَبْلِى ، عادَتْ إلَيَّ ، وإن مِتُّ قَبْلَكَ ، فهى لك . أو يقولُ : أرْقَبْتُكَ دارِى

= كما أخرجه أبو داود ، فى : باب العمرى ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢/ ٢٦٣. والنسائى ، فى : باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر جابر فى العمرى ، من كتاب العمرى . المجتبى ٦/ ٢٣١. وابن ماجه ، فى : باب العمرى ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٩٦. والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٣١٢، ٣٨٦.

(١) تقدم تخريجه عند البخارى فى الحاشية السابقة . وهو عند مسلم ٣/ ١٢٤٦.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب العمرى ، من كتاب الإجارة. سنن أبى داود ٢/ ٢٦٣. والنسائى ، فى : باب ذكر اختلاف يحيى بن أبى كثير ...، من كتاب العمرى. المجتبى ٦/ ٢٣٤. والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٣٠٤، ٣٩٣.

(٢) فى س ١: «موتهما».

(٣) فى م : «أجازها».

(٤) أخرجه مسلم ، فى : باب العمرى ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ٣/ ١٢٤٦.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب من قال فيه : ولعقبه ، من كتاب الإجارة. سنن أبى داود ٢/ ٢٦٤. والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٢٩٤.

ولم نجده فى البخارى ، انظر الإرواء ٦/ ٥٥، واللؤلؤ والمرجان ٢/ ١٨٦.

هذه . قال مُجاهِدٌ : هى أن يقولَ : هى[1] للآخرِ مِنِّى ومنكَ مَوْتًا[2] .
فَفِيها[3] رِوايَتانِ ؛ إحداهما ، هى لازِمَةٌ لا تَعُودُ إلى الأوَّلِ ؛ لعُمُومِ الخَبَرِ الأوَّلِ ، ولقولِ رسولِ اللَّهِ ﷺ : « لَا تُرْقِبُوا ، فَمَنْ أَرْقَبَ شَيْئًا فَهُوَ لَهُ حَيَاتَه ومَوْتَهُ »[4] . ولأنَّه شرَطَ أن يعودَ إليه بعدَ ما زالَ مِلْكُه ، فلم يُؤثِّرْ ، كما لو شرَطَه بعدَ لُزومِ العَقْدِ . والثانيةُ ، تَرْجِعُ إلى المُعْمِرِ والمُرْقِبِ ؛ لحديثِ جابرٍ ، ولقَوْلِ رسولِ اللَّهِ ﷺ : « المُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ »[5] .

وتَصِحُّ العُمْرَى والرُّقْبَى فى العَقَارِ والثِّيابِ والحَيَوانِ ؛ لأنَّها نَوْعُ هِبَةٍ ، فجازَتْ فى ذلك كلِّه ، كسائرِ الهِبَاتِ .

ولو شَرَط فى الهِبَةِ شَرْطًا مُنافِيًا لمُقْتَضَاها ، نحوَ أن يقولَ : [٢٣٧و] وَهَبْتُكَ هذا بشَرْطِ أن لا تَبِيعَه . أو : بشَرْطِ أن تَبِيعَه . أو : تَهَبَه . فَسَد الشَّرْطُ . وفى صِحَّةِ العَقْدِ وَجْهانِ ؛ بِنَاءً على الشُّرُوطِ الفاسِدَةِ فى البَيْعِ . وإن قَيَّدَها[6] فقال : وَهَبْتُكَها سنَةً . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه عَقْدٌ ناقِلٌ للمِلْكِ فى

---

(١) سقط من : م .
(٢) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرقبى ، من كتاب الإجارة. سنن أبى داود ٢/ ٢٦٥.
(٣) فى س ٢، ب : « ففيهما » .
(٤) أخرجه النسائى ، فى : باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين ....، من كتاب العمرى . المجتبى ٦/ ٢٣٠، ٢٣١. وابن ماجه ، فى : باب الرقبى ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٩٦. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٢٦، ٣٤، ٧٣. كلهم من حديث ابن عمر .
(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٧٢.
(٦) فى الأصل : « قدرها » .

الحَياةِ ، أشْبَهَ البَيْعَ[1] .

---

(١) إلى هنا ينتهى المجلد الأول من النسخة المصورة من جامعة الإمام محمد بن سعود (س ١) ، والمجلد الأول من النسخة المصورة من مكتبة السعودية بالرياض (ف) ، وكذلك المجلد الثانى من النسخة المصورة من مكتبة برنستون (ب) .



فهـــرس

الجزء الثالث من الكافى

الصفحة

كتاب البيع

كتاب السلم

كتاب التفليس

كتاب الصلح

كتاب الضمان

كتاب الوكالة

كتاب الإجارة

كتاب الشفعة

آخر الجزء الثالث

ويليه الجزء الرابع ، وأوله :

كتاب الوصايا

والحمْدُ للَّهِ حَقَّ حَمْدِهِ

رقم الإيداع ١٩٩٧/٧٥١٧ م

I . S . B . N . 977 - 256 - 153 - 0

هجر

للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان

المكتب : ٤ ش ترعة الزمر – المهندسين – جيزة

☎ ٣٤٥٢٥٧٩ – فاكس ٣٤٥١٧٥٦

المطبعة : ٢ ، ٦ ش عبد الفتاح الطويل

أرض اللواء – ☎ ٣٤٥٢٩٦٣

ص . ب ٦٣ إمبابة